Endbedingung und Rücktritt

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Graener
Rechtskandidat aus Berlin-Steglitz.

Marburg 1931

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (S.), Dölauer Str. 14

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0022

Endbedingung und Rücktritt

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Wolfgang Graener
Rechtskandidat aus Berlin-Steglitz.

Marburg 1931

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (S.), Dölauer Str. 14

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. September 1931.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Fr. Leonhard.

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

I. Teil: Begriff der Endbedingung.

§ 1: Bedingung im allgemeinen . . . . . 2—3
Bedingungsbegriff (2) — Abhängigkeit der rechtlichen Wirkungen (2) — Unterteilung in Anfangsbedingung und Endbedingung (3).

§ 2: Konstruktion der Endbedingung . . . . . 3—7
Definition der Endbedingung (3) — Theorie des aufschiebend bedingten Nebenvertrages (4) — Folgen dieser Theorie (5) — Einheitstheorie (5) — Folgen der Einheitstheorie (6) — Mittelmeinung (7) — Folgen dieser Mittelmeinung (7).

§ 3: Gestaltung der Schwebezeit . . . . . 7—11
§ 162 (8) — Stellung des vorläufig Berechtigten (9) — § 160 (9) — § 161 (10) — Stellung des bedingt Berechtigten (10).

§ 4: Beendigung der Schwebezeit . . . . . 11—13
Zufallsbedingung, ipso jure Wirkung (11) — Potestativ-Bedingungen (11) — Zulässigkeit der Potestativbedingungen (12).

§ 5: Wirkungen des Bedingungseingriffs, geschichtlicher Ueberblick . . . . . 13—16
Im römischen Recht (14) — im gemeinen Recht (14) — dingliche Wirkung (14) — Rückwirkung (15).

§ 6: Wirkungen des Bedingungseintritts im geltenden Recht 16—19
Dingliche Wirkung (17) — Rückwirkung (18) — § 159 (18).

II. Teil: Begriff des Rücktritts.

§ 7: Abgrenzung des Rücktritts von ähnlichen Figuren 20—22
Beendigung und Aufhebung (20) — Kündigung (21) — Widerruf (21) — Anfechtung (21).

§ 8: Konstruktion des Rükctritts . . . . . 22—23
Nebenverträge (22) — Arten der aufhebenden Nebenverträge (23).

§ 9: Gestaltung der Schwebezeit . . . . . 23—34
Zulässigkeit von tatsächlichen Einwirkungen §§ 350, 351, 352 (24) — Zulässigkeit von rechtlichen Einwirkungen (28) — Folgen der Einwirkungen §§ 347, 354 (31).

§ 10: Ausübung des Rücktrittsrechts . . . . . 34—37
Gestaltungsrecht (35) — Unteilbarkeit des Rücktritts (36).

§ 11: Wirkungen des erklärten Rücktritts, Geschichtlicher Ueberblick . . . . . 37—40
Dingliche Wirkung (37) — Gegengründe (38) — Rechtfertigung (39).

§ 12: Wirkung des erklärten Rücktritts im geltenden Recht 40—49
Wirkung auf die Leistungen (41) — Einredetheorie (41) — Theorie von Seckel und Hellwig (44) — Theorie der vollständigen Auflösung des Schuldverhältnisses (46).

Seite

§ 13: Wirkung des erklärten Rücktritts im geltenden Recht: insbesondere rückwirkende obligatorische Wirkung . 49—54
Obligatorische Wirkung (49) — Rückwirkung (51).

III. Teil: Rücktritt Unterart der Endbedingung.

§ 14: Entscheidung bis zum heutigen Stand der Literatur . 54—56
Im römischen und gemeinen Recht (54) — Im modernen Schrifttum (54).

§ 15: Eigene Stellungnahme . . . . . 56—59
Aehnlichkeiten in der Ausgestaltung der beiden Rechtsinstitute (56) — Aufzählung der Gleichheiten (59).

Schrifttum.

Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen, Berlin 1876.

Cohn, Die Kaufgelderhypothek nach vollzogener Wandlung, J. W. 02/7.

Cosack, Lehrbuch des BGB. Bd. 1, Jena 1913.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1/1900; Bd. 2/1902.

Chyhlarz, Zur Lehre von der Resolutivbedingung, Prag 1871.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 1, 1905.

Eck, Die Statthaftigkeit der ädilizischen Klagen trotz Verfügung des Käufers über die Sache. Festgabe für Beseler, Berlin 1885.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des BGB. I, 1, 1923, I 2, 1923.

Fischer-Hänle, Kommentar zum BGB., München 1921.

Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung, Erlangen 1856.

„ Begriff der Bedingung, Arch. f. Ziv. Prax. 39/332.

Fritz, Ueber das Erlöschen dinglicher Rechte an fremden Sachen durch Aufhören des Rechtes des Erteilers. Arch. f. Ziv. Prax. 8/286.

Goldmann-Lilienthal, Lehrbuch des BGB., Bd. 1, 1903.

Goldschmidt, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, in Kohlrausch-Kaskel Enzyklopädie, Berlin 1929.

Hellwig, Grenzen der Rückwirkung, Festgabe für Juristische Fakultät in Gießen, 1907.

„ Anspruch und Klagrecht, Jena 1900.

Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, Jherings-Jahrbuch 10/387.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, Berlin 1877.

Kisch, Grundriß des deutschen Konkursrechts, Berlin 1929.

„ Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen in Abhandlungen z. Privatrecht und Zivilprozeßrecht, Bd. 7.

Keineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen in Abhandlungen z. Privatrecht und Zivilprozeßrecht, Bd. 7.

Kohler, Die Resolutivbedingung Arch. f. bürgerl. Recht, 15/1 ff.

Kress, Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, München 1929.

F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht in Bindings Handbuch der dtsch. Rechtswissenschaft, 1929.

„ Willkür und Willenserklärung in Jherings-Jahrbuch 39/124 ff.

R. Leonhard, Allgemeiner Teil des BGB., Berlin 1900.

Littmann, Das gesetzliche Rücktrittsrecht vom Vertrage, Dissert. Rostock 1902.
Matthias, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1914.
Motive zum Entwurf eines BGB.
Oertmann, Kommentar Allgemeiner Teil 1927; II 1, 1928.
„ Die Bedeutung der Rücktrittserklärung in Seufferts Blatt f. Rechtsanwendung 69/65 ff.
„ Wandlung nach der Zwangsversteigerung der Kaufsache in D. J. Z. 1905/516.
Philipsborn, Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung, Gruchot 64/10.
Planck, Kommentar Allgemeiner Teil 1913; II 1 1914.
Protokolle des Entwurfs des BGB.
Raape, Die Wollensbedingung, Halle 1912.
Rehbein, Das BGB. mit Erläuterung für Studium und Praxis I 1899; II 1903.
RGR. Kommentar, allgemeiner Teil 1928; Schuldrecht 1929.
Scheurl, v. Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, Erlangen 1871.
Schollmeyer, Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse I, 1900.
Schulin, Ueber Resolutivbedingung und Endtermine, Marburg 1875.
Seckel, Die Gestaltungsrechte des BGB. Festgabe für Koch 1903.
Soergel, Kommentar. Allgemeiner Teil und Schuldrecht 1929.
Stammler, Das gesamte deutsche Recht (BGB. von Jung). Berlin 1931.
Staudinger, Kommentar, allgemeiner Teil 1925; II 1 1930; II 2 1928.
Sternberg, Wann ist der Rücktritt ausgeschlossen? Jur. Wochenschr. 06/623.
Strohal, Zur Beurteilung des Rechts der Schuldverhältnisse und der 2. Lesung des Entwurfs eines BGB. Jherings-Jahrbuch 33/307.
Tuhr, v. Der allgemeine Teil des BGB. Bd. 1, Leipzig 1910.
Walsmann, Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung. Jherings-Jahrbuch 54/197.
„ Der Verzicht, Leipzig 1912.
Warneyer, Kommentar Bd. 1, 1930.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 und 2. 8. Aufl.
Windscheid, Die Wirkung der erfüllten Bedingung, Basel 1851.
Wollstadt, Die auflösende Bedingung. Diss. Heidelberg 1908.
Zimmern, Ueber Resolutivbedingungen. Arch. f. Zivil. Prax. 5/234.
Zitelmann, Das Recht des BGB. Allgemeiner Teil, Leipzig 1900.

Einleitung.

Die auflösende Bedingung und der Rücktritt sind von jeher mit die beliebtesten Disziplinen gewesen, um welche der Streit der Wissenschaften ausgefochten wurde. Umsomehr verlohnt es sich, nicht nur die beiden Rechtsinstitute unabhängig voneinander zum Gegenstand einer Abhandlung zu machen, sondern ihr Verhältnis zueinander einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen. Endbedingung und Rücktritt haben wir deshalb unser Thema genannt.

Um das Ziel, das uns vor Augen schwebt, gleich zu kennzeichnen, sei bemerkt, daß wir den Versuch machen wollen, den Satz: Der Rücktritt ist eine Unterart der Endbedingung, zu belegen.

Der Aufbau der vorliegenden Arbeit ergibt sich hiernach beinahe zwangsläufig. Zuerst betrachten wir die auflösende Bedingung und den Rücktritt für sich allein. Dabei sei ausgeschaltet, daß es im Rahmen dieser Arbeit unmöglich ist, eine ausführliche Charakterisierung der beiden Figuren zu geben. Im dritten und letzten Teile hat sich dann eine Betrachtung des Verhältnisses der auflösenden Bedingung zum Rücktritt anzuschließen unter Verwendung der aus den Einzelabhandlungen gewonnenen Erkenntnisse.

1. Teil: Begriff der Endbedingung.

§ 1: Die Bedingung im allgemeinen.

Um das Wesen der auflösenden Bedingung klarzustellen, ist es zunächst nötig, den Begriff der Bedingung im allgemeinen festzulegen.

Schon von jeher machte sich das Bestreben geltend, nicht nur für die Gegenwart Rechte und Pflichten erwerben zu können, sondern der Verkehr forderte auch die Möglichkeit, die Zukunft in gewisser Weise fest zu bestimmen. Hierfür stellte die Rechtsentwicklung zwei Formen zur Auswahl: die Befristung und die Bedingung. Beide Institute machen die Rechtswirkung von einem zukünftigen Ereignis abhängig, die Befristung von einem gewissen, die Bedingung von einem ungewissen Ereignisse. „Bedingung nennen wir die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch welche der Eintritt oder die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissen Umstandes abhängig gemacht wird.“ [1]) Erst sie verleiht der Idee der rechtlichen Beherrschung der Zukunft ihren vollständigen und praktischen Abschluß, „indem sie uns Mittel gewährt, Kombinationen, Berechnungen . . . mit derselben Sicherheit als wäre es bereits wirklich, in den Kreis unserer Operationen zu ziehen; sie emanzipiert von der Schranke der Gegenwart und ermöglicht es, die Zukunft von sich ohne sich von ihr abhängig zu machen“. [2])

Für das Wesen der Bedingung ist besonders wichtig die Frage, was vom Eintritt bezw. Nichteintritt der Bedingung abhängig gemacht ist: der Wille, die Existenz oder die Wirkung des Rechtsgeschäftes.

Nach Fitting [3]) ist der Bestand des Willens selbst in Abhängigkeit von dem Eintritte des bedingenden Ereignisses. Aber das Wollen ist eine gegenwärtige Tatsache. Als solche kann sie garnicht von einem zukünftigen Ereignis abhängig sein. Auch die Ansicht von Karlowa, [4]) die Existenz sei bedingt, kann nicht gebilligt werden. Denn das bedingte Geschäft erzeugt sofort mit seinem Abschluß ganz bestimmte Wirkungen (§§ 160–162), und diese sind als solche gewollt. Der bedingt Berechtigte erhält eine Anwartschaft, die ihm nicht mehr genommen werden kann, den bedingt Verpflichteten beschränkt eine Gebundenheit, der er sich nicht mehr entziehen kann. Vielmehr kann die Frage heute als dahin entschieden angesehen werden, daß man die Rechtswirkungen als bedingt bezeichnet. Dies ist auch zweifellos

[1]) Enneccerus I 1 § 181.
[2]) Jhering, Geist des Röm. Rechts III, 2. Aufl. S. 164.
[3]) Arch. Ziv. Pr. 39/332 ff.
[4]) Rechtsgeschäft S. 76.

der Standpunkt des BGB., wie sich aus dem Wortlaut des § 158 ergibt: „. . . so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte ‚Wirkung' . . . ein". [5])

Die Hinzufügung einer Bedingung ist nichts anderes als eine besondere Gestaltung des rechtserzeugenden Wollens. [6]) Sie kann dahin gehen, daß einstweilen in der Schwebe sein soll, ob die Rechtswirkung überhaupt eintritt (Anfangsbedingung); es kann aber auch Inhalt sein, diese Rechtswirkung zunächst eintreten zu lassen, ihren Fortbestand dagegen an den Eintritt eines Ereignisses zu binden. (Endbindung.) Streng genommen liegen also nicht zwei Arten der Bedingung vor, sondern das Bedingte ist verschieden: das Inkrafttreten bezw. die Wiederauflösung. [7]) Beides sind einander gleichwertige Anwendungsarten desselben gemeinsamen Bedingungsbegriffes.

§ 2: Konstruktion der Endbedingung.

Wir kommen nun zur eigentlichen Behandlung des Begriffes der Endbindung. Es ist nach dem vorhergehenden die einer Willenserklärung eingefügte Beschränkung, durch welche die Wiederaufhebung einer Rechtswirkung von einem für menschliches Wissen ungewissen Umstände abhängig gemacht wird.

Die Konstruktion dieses Begriffes ist nach wie vor Gegenstand lebhaften Meinungsaustausches. Man hat behauptet, daß diesem Streit letzten Endes wesentliche praktische Folgen nicht eigen seien; [8]) im Rahmen dieser Abhandlung kann aber diese Betrachtung nicht völlig entbehrt werden. Es stehen sich hauptsächlich zwei Grundtheorien gegenüber: die Theorie des aufschiebend bedingten Nebenvertrages [9]) und die sogen. Einheitstheorie. [10])

Der herkömmlichen Einteilung der Bedingung in Anfangs- und Endbedingung folgend, kommt ein Teil der Literatur zur Gleichstellung der aufschiebenden und der auflösenden Bedingung. Die Ansicht des aufschiebend bedingten Nebenvertrages steht dieser Annahme ablehnend gegenüber. Ausgehend von der Annahme, daß Anfangs- und Endbedingung völlig ungleichartige Gebilde seien, behauptet sie, nur die Anfangsbedingung sei eine Bedingung im eigentlichen Sinne. Der Ausdruck End- oder Resolutivbedingung sei schief und nur der Kürze der Bezeichnung wegen zu rechtfertigen. In Wirklichkeit sei die Resolutivbedingung garkeine richtige Bedingung.

[5]) Enneccerus I 1 § 181; Staudinger vor § 158, 5.

[6]) Mot. 1/251; Prot. 1/185.

[7]) Enneccerus I 1 § 181 III.

[8]) Mot. 1/251.

[9]) Czyhlarz; Adickes: Thibaut; für das BGB. Cosack, Lehrb. I S. 206; Dernburg, I S. 504.

[10]) Winscheidt, Pandekten § 86, für das BGB. Staudinger zu § 158, 7; Endemann, § 76 Anm. 6; Crome I, S. 435; Matthias I, S. 256; Hölder, Komm. z. allg. Teil § 158.

Zur Begründung eines Rechtsverhältnisses ist regelmäßig ein Geschäftswille nötig. Diesen Willen nennt man den Begründungswillen. Schließen die Parteien jetzt ein Geschäft unter Hinzufügung einer auflösenden Bedingung, so ist dieses Geschäft sofort gültig — es besteht schon während Schließens der Bedingung. Denn wie würde man anders erklären, daß z. B. Eigentum übergegangen ist, daß aus dem Vertrage schon Klage erhoben werden kann? Doch eben nur mit dieser Tatsache. Man fragt nun weiter, aus welchem Grunde das an sich doch irrelevante Ereignis, welches den Inhalt der auflösenden Bedingung bildet, geeignet ist, bei seinem Eintritt das Rechtsgeschäft aufzuheben? Als Aufhebungsgründe sind denkbar gesetzliche Vorschriften und Parteivereinbarungen. Undenkbar ist es, den Privatwillen als Aufhebungsgrund etwa dann hinzustellen, wenn dies nicht vom Gesetz anerkannt ist.[11]) Soll also die Bedingung der Aufhebungsgrund sein, so muß sie sich auf einen von der Rechtsordnung anerkannten Aufhebungsgrund stützen lassen. Dieses ist der in der Bedingung enthaltene Auflösungswille. Das auflösend bedingte Rechtsgeschäft besteht demnach nicht aus einer Willenserklärung, sondern aus zwei verschiedenen Erklärungen.

Durch die eine wird das Recht sofort als ein unbedingtes geschaffen, die andere ist „eine auf Wiederaufhebung der Wirkung der Hauptwillenserklärung gerichtete aufschiebend bedingte Nebenwillenserklärung".[12]) Der Eintritt der Bedingung beschränkt nur dieses Nebengeschäft. Indirekt wirkt der Bedingungseintritt auch auf das Hauptgeschäft nämlich in sofern, als mit Erfüllung der Bedingung das Nebengeschäft perfekt wird. Dieses Nebengeschäft wirkt aber seinerseits wieder aufhebend auf das Hauptgeschäft. Diese Annahme entspricht auch der logischen Betrachtungsweise. Denn ein Wille, der auf die Begründung eines Geschäfts gerichtet ist, kann nicht zu gleicher Zeit die Aufhebung desselben Geschäftes zum Gegenstande haben. Begründungswille und Aufhebungswille widersprechen sich.

Wohl aber ist eine Verknüpfung dieser zwei Willensarten denkbar. Wieweit oder wie eng diese Verknüpfung ist, wird nicht einheitlich beantwortet. Adickes[13]) bemerkt: „es wird demnach wohl nur noch die Möglichkeit bleiben, bei allen sogen. Resolutivbedingungen die Existenz eines besonderen, wenn auch mit dem Begründungsgeschäft untrennbar verbundenen bedingten Aufhebungsgeschäfts anzuerkennen." Also eine äußerst enge Verbindung ist hiernach anzunehmen. Etwas weniger streng betrachtet Czhlarz das Verhältnis von Hauptgeschäft und das die Auflösung bezweckende Nebengeschäft. Das Nebengeschäft setzt zwar immer notwendiger Weise das Hauptgeschäft voraus. Die Parteien wollen aber das Hauptgeschäft nicht ohne das die Auflösung bezweckende Nebengeschäft, und insofern

[11]) A. a. O. S. 26. Czyhlarz.
[12]) Winscheidt, Pandekten, S. 388.
[13]) Seite 40.

sind beide Willensakte in einer inneren Verbindung; weiter dürfte man aber nicht gehen. Beide Geschäfte beruhen auf einem selbständigen Willen und sind daher streng von einander zu trennen. Dies kommt bei Czyhlarz dadurch besonders zum Ausdruck, daß er den das Aufhebungsgeschäft enthaltenden contrarius consensus gesondert auf Seite 31 ff. behandelt. Mag man nun diese Verbindung mehr oder weniger eng auffassen, jedenfalls ergibt sich von dem Standpunkt des aufschiebend bedingten Nebenvertrages ohne weitere Schwierigkeit, daß der auflösende Nebenvertrag als selbständiges Geschäft auch sehr wohl nachträglich nach Eingehung des Hauptvertrages abgeschlossen werden kann. Selbstverständlich ist, daß der contrarius consensus auch sofort bei Abschluß des Hauptvertrages gesetzt werden kann.

Dieser Lehre macht man nun den Vorwurf, daß sie nicht genügend erklären könne, das Wiederaufleben des Eigentums bei dem unter auflösender Bedingung übertragenen Eigentum für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung. In folgerichtiger Weiterentwicklung muß nämlich angenommen werden, daß hier das volle zeitlich sowohl wie inhaltlich unbegrenzte Eigentum auf den Erwerber übertragen werde. Dann kommt man auch unweigerlich zu dem Ergebnis, daß das Eigentum beim Eintritte der Bedingung nach den Regeln des Sachenrechts zurück übertragen werden müsse — bei beweglichen Sachen, also beispielsweise Einigung und Uebergabe. Dieses Resultat widerspricht dem vom Gesetze angeordneten automatischen Rückfall. Ferner macht Fitting[14]) geltend, es könne nicht befriedigen, die auflösende Bedingung zu den Nebenbestimmungen von Rechtsgeschäften zu zählen. Unter einer Nebenbestimmung ist doch wohl gewöhnlicherweise nur eine solche Bestimmung zu verstehen, welche neben dem Hauptgeschäfte einhergeht ohne dasselbe in seinem Wesen irgend wie zu berühren. Man könnte also beide Geschäfte ganz gut sich getrennt denken. Er führt weiter aus, sobald eine Bestimmung das Wesen des Geschäftes selbst ergreift, ist diese Bestimmung nicht mehr nur Nebenbestimmung sondern ein wesentlicher Teil der Hauptberedung. Und gerade das sei bei der auflösenden Bedingung der Fall.

Diese und ähnliche Erhebungen haben zur Aufstellung der sogen. Inhärenz- oder Einheitstheorie geführt. Wer z. B. einen Kaufvertrag unter auflösender Bedingung abschließt, erklärt seinen Willen dahin: ich will gekauft haben, wenn nicht der oder jener Umstand eintreten sollte. Das heißt doch aber nichts anderes als: ich will nicht gekauft haben, wenn dieser Umstand wirklich eintreten sollte. M. a. W. besagt dies, wer sich bloß bedingt verpflichtet hat eben von Anfang an nur den Willen gehabt, sich bedingt zu verpflichten, nicht aber hat er sich zunächst unbedingt verpflichten wollen und dann erst durch einen neuen Willensakt die Verpflichtung zu einer nur

[14]) Arch. Ziv. Pr. 39/305.

bedingten gleichsam erniedrigt. Auch Windscheid folgt dieser Ansicht und stellt damit also den Satz auf, daß die auflösende Bedingung nicht eine aufschiebend bedingte Nebenerklärung sei, sondern „nicht minder als die aufschiebende Bedingung der Willenserklärung, welcher sie hinzugefügt worden sei, in der Weise inhäriert, daß dieselbe in keinem Moment ohne sie gedacht werden kann". [15])

Die auflösende Bedingung ergreift demnach das Recht selbst und zwar dergestalt, daß sie es vom Augenblick der Entstehung ab schwächt, sodaß es bei Eintritt des betr. Ereignisses zusammenfällt. Hiergegen hat man den schon oben erwähnten Einwand erhoben, daß sonach im Geschäftsgründungswillen zugleich ein Geschäftsaufhebungswille steckt. Beide würden sich als gegensätzliche Größen aufheben. Hierbei wird übersehen, daß sich noch eine dritte Größe zu den übrigen gesellt. Verkauft z. B. der A. dem B. eine Uhr unter der auflösenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises — dies ist trotz des entgegenlautenden Textes des § 455 möglich wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit — so ergibt sich: A. undB. wollen den Kaufvertrag begründen; A. und B. wollen den Bestand des Vertrages für den Fall der rechtzeitigen Bezahlung des Kaufpreises; A. und B. wollen die Aufhebung des Kaufvertrages im Falle nicht rechtzeitiger Bezahlung. Es stehen sich gegenüber Aufhebungswille einerseits und Begründungs- und Bestandswille andererseits. Der Auflösungswille hebt den Bestandswillen auf. Uebrig bleibt also noch der Begründungswille. Sonach ist zur Genüge erwiesen, daß dieser Einwand nicht stichhaltig genug ist zur Abwendung der Einheitstheorie. Auch für das geltende Recht findet die Einheitstheorie namhafte Vertreter. Diese stützen sich auf die Entwürfe des BGB. So lautet § 139 des ersten Entwurfs:

> Ist einem Rechtsgeschäft eine unverständliche oder eine widersinnige Bedingung beigefügt, so ist dasselbe nichtig.

Nach den Materialien sollte diese Bestimmung für beide Arten der Bedingung gelten sowohl für aufschiebende wie für die auflösende. Diesen Umstand konnte man aber nur unter Zugrundelegen der Einheitstheorie erklären. Weiterhin spricht für diese Ansicht auch § 196 des ersten Entwurfs. Hinsichtlich der Beweislastfrage bestimmte er, daß derjenige, der sich auf den unbedingten Abschluß eines Geschäftes berufe, diesen auch dann beweisen müsse, wenn der Gegner das Vorhandensein einer auflösenden Bedingung behaupte.

Mit dieser Lehre kann man den erwähnten Fall des auflösend bedingt übertragenen Eigentums einleuchtend erklären. Denn von diesem Standpunkte aus wird nicht das ganze zeitlich unbegrenzte Eigentum übertragen, sondern nur ein zeitlich beschränktes. Eine weitere Folge dieser Lehre ist, daß eine auflösende Bedingung immer nur gleichzeitg mit Geschäftsabschluß vereinbart werden kann. So

[15]) Windscheid, Pandekten § 86 Anm. 6.

geht denn Staudingers[16]) Auffassung dahin, daß in jener nachträglichen Abrede nicht ein Sondervertrag zu erblicken ist, sondern der Fall einer Novation ohne Personenveränderung. Es ist jedoch keineswegs einzusehen, warum es nicht möglich sein soll, einem zunächst unbedingt geschlossenen Geschäft nachträglich eine Endbedingung hinzuzufügen.

Man ist dazu gekommen, eine Mittelmeinung aufzustellen. R. Leonhard[17]) erklärt: „Bei der aufschiebenden Bedingung bilden Anordnung und Bedingungssatz einen einzigen Gedanken, bei der auflösenden Bedingung zwei Gedanken, die aber vom Parteiwillen als untrennbar angesehen werden". Er fährt dann fort, „die Resolutivbedingung ist als ein solcher Teil des ganzen Geschäfts, der für sich betrachtet einem suspensiv bedingten Aufhebungsgeschäfte gleicht." Dies gilt jedoch nur für die wahre auflösende Bedingung, die sogleich in den Geschäftsplan aufgenommen ist, nicht für solche Bedingungen der Geschäftsauflösung, die erst durch spätere Abrede eingeschoben werden. „Ein solcher nachträglicher Sondervertrag steht und fällt für sich, er ist nicht mit dem Hauptgeschäft als eins ersonnen worden. Man wird aber auch hier von einer Geschäftsumwandlung reden müssen, weil sich der innere Zusammenhang zwischen Resolutivbedingung und Hauptgeschäft darin zeigt, ... daß die Hauptfolgen des Geschäftes auch schon vor dem Bedingungseintritte beeinträchtigt werden." Es wird anerkannt, daß zwei Willensakte vorhanden sind. Allein die Verknüpfung beider ist eine so enge, daß man beinahe von einem Akte reden könnte. Leonhard lehrt daher auch nur, daß die auflösende Bedingung einen aufschiebend bedingten Nebenvertrage „gleicht", ähnlich ist.

Weiterhin legt er sich Rechenschaft darüber ab, daß es im täglichen Verkehr oft erforderlich sein wird, zunächst einen Vertrag unbedingt zu schließen; erheischt die spätere Entwicklung dann die Hinzufügung einer auflösenden Bedingung, so muß es möglich sein, diese auch noch so hinzuzufügen, als ob sie gleichzeitig mit Abschluß des Vertrages verabredet worden wäre. Er formt die theoretische Betrachtung nach der Praxis und nicht umgekehrt.[18]) Diese Mittelmeinung steht im Einklang mit den §§ 139, 196 des ersten Entwurfes. Auch das Wiederaufleben des Eigentums bei dem unter auflösender Bedingung veräußerten Eigentum läßt sich erklären: Der Gesetzgeber hat eben diesen Rückfall selbst angeordnet. Dieser Lehre ist somit der Vorzug zu geben vor der Theorie des aufschiebend bedingten Nebenvertrages und der Einheitstheorie.

§ 3: Gestaltung der Schwebezeit.

Die Bedingung verleiht dem Verkehr die Möglichkeit, seine Rechtsverhältnisse den Eventualitäten der Zukunft anzupassen. Dann

[16]) Zu § 158, 7.

[17]) Allgemeiner Teil, S. 399.

[18]) Ebenso Oertmann zu § 158, 1 b.

ist es aber auch klar, daß zwischen dem Augenblicke der Abgabe der Willenserklärung und dem Augenblicke, wo sich die in der Bedingung genannten Möglichkeiten der Zukunft entscheiden, eine längere oder kürzere Zeit liegt, in der die endgültige Art der Gestaltung des Rechtsgeschäftes noch ungewiß ist. Solange besteht ein Schwebzustand. „Das unter auflösender Bedingung errichtete Rechtsgeschäft tritt sofort in Wirksamkeit; der Schwebezustand bezieht sich auf die Wiederaufhebung der eingetretenen rechtlichen Wirkung. Der, zu dessen Gunsten diese Wirkung eingetreten, ist zwar unbedingt berechtigt, aber möglicherweise vorübergehend und insofern bedingt verpflichtet. Bedingt berechtigt ist der, welchem für den Fall der Erfüllung der Bedingung der Rückerwerb des eingeräumten Rechtes in Aussicht steht. Das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung unterstehen den gleichen Grundsätzen wie bei der aufschiebenden Bedingung". [19])

In diesem Zusammenhange hat man zwei Fragen zu unterscheiden: Die Fragen nach dem Wesen und nach dem Inhalt des Schwebeverhältnisses. Das Wesen hängt eng zusammen mit der Rückwirkung der eingetretenen Bedingung. Deshalb ist — so eigenartig es klingen mag, — die Frage nach dem Wesen der schwebenden Bedingung erst dort zu behandeln. [20]) Hier soll lediglich kurz der Inhalt des Schwebeverhältnisses gekennzeichnet werden.

Der Umstand, daß infolge langer Schebezeit bei den Parteien leicht ein Bedauern über ihre abgegebene Willenserklärung hervorgerufen werden kann und daher in gewaltsamer Weise auf den Gang der Bedingungen einzuwirken versucht werden könnte, hat § 162 BGB. geschaffen. Abgesehen davon, daß man sich durch Bürgschaft, Hypothek und Mobiliarpfand sowie durch Eintragung einer Vermerkung sichern kann, (§§ 765, 1113, 1204, 1209, 883), bestimmt § 162 Abs. 1·

> Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetragen.

Der unzulässig Handelnde braucht nicht die Absicht gehabt zu haben, den Bedingungseintritt zu verhindern. Es genügt ein fahrlässiges Handeln. [21]) Die Unzulässigkeit kann auch schon darin bestehen, daß er einen Dritten beeinflußt, den Bedingungseintritt zu vereiteln. [22]) Bei Potestativbedingungen wird nach dem Willen der Parteien ein größerer Spielraum für Einwirkungen während der Schwebezeit gegeben sein. [23]) Eine solche Einwirkung wird fast immer nicht nur den Zweck haben, dem anderen Teil Schaden zuzufügen (so erfordert es § 162), sondern auch noch die Entstehung einer

---

[19]) Motive I/261.
[20]) Unten Seite 16.
[21]) Dernburg, Allgem. Teil, § 153 Anm. 8 S. 455.
[22]) R. Leonhard, S. 407.
[23]) Dernburg, S. 455.

Verpflichtung zu verhindern. Trotzdem ist § 162 auch bei reinen Potestativbedingungen anwendbar. Beispielsweise sagt A. seinem Angestellten B. eine Gehaltszulage unter der Bedingung zehnjähriger ununterbrochener Dienste zu. Er entläßt ihn jedoch vorher ohne Grund, muß ihn aber auf Grund eines rechtskräftigen Urteils wieder aufnehmen. Die Bedingung zehnjährigen ununterbrochenen Dienstes gilt dann als eingetreten.[24]) Jedenfalls ist im Einzelfalle zu prüfen, ob ein Eingreifen „wider Treu und Glauben" vorliegt.

Ferner ist zu beachten, daß nur ein schuldhaftes Verhalten die Fiktion des § 162 ins Leben ruft. Allerdings genügt uns, wie schon gesagt, auch das geringste Maß von Verschulden — Fahrlässigkeit.

Was nun zunächst die rechtliche Stellung des vorläufig Berechtigten — also des bedingt Verpflichteten — anlangt, so ist er sofort Gläubiger, Eigentümer usw. und hat als solcher alle Rechte. In Konkursen des bedingt Berechtigten kann er sein Recht für ein unbedingtes geltend machen (§ 66 KO.). Die Forderungen kommen also bei Berechnung der Anteile voll zum Ansatz, „doch muß Gläubiger für etwaige Rückzahlung Sicherheit leisten, falls solche nach bürgerlichem Recht vorgeschrieben ist".[25]) Weiterhin wirkt ein gegen den bedingt Verpflichteten erwirktes Urteil nicht gegen den bedingt Berechtigten.

Hinsichtlich des Gegenstandes des bedingten Geschäftes steht der Verpflichtete frei da. Er kann ihn beispielsweise veräußern, zerstören, beschädigen — je nach Belieben. Nur darf dieses Verhalten nicht soweit gehen, daß etwa das bedingte Recht des anderen Teils dadurch vereitelt oder beeinträchtigt wird. „Die Gebundenheit nach § 160 äußert sich darin, daß der unter auflösender Bedingung vorerst Berechtigte sich während der Schwebezeit jeder Einwirkung zu enthalten hat, durch welche die Verwirklichung des von der Bedingung abhängigen Rechts vereitelt, oder beeinträchtigt werden könnte. Die Unterlassungspflicht bezieht sich auf tatsächliche Einwirkungen und auf rechtliche Einwirkungen (Verfügung nach § 161)".[26]) Hat z. B. der A. seine Uhr unter auflösender Bedingung an B. verkauft, und ist die Bedingung nicht der zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrages erfolgten Uebereignung beigefügt, so kann der Käufer B unbeschränkt verfügen. Tut er es, und tritt die Bedingung ein, so ist er aber dem A. zum Schadenersatz verpflichtet. Auch dieses Vereiteln bezw. beeinträchtigen des § 160 setzt wiederum Verschulden voraus. Das Maß dieser Schuld ist dasselbe wie bei unbedingt abgeschlossenen Rechtsgeschäften: bei bedingten Kaufverträgen tritt z. B. Haftung für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit ein; bei bedingten Schenkungsversprechen nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit (§§ 433, 276; 521, 277).

---

[24]) Rehbein, S. 239.
[25]) Kisch, KO. Seite 25 IV 1.
[26]) Staudinger zu § 160, 2, 3.

Während § 160 sich nur auf das Verhältnis der Parteien untereinander bezieht, äußert § 161 auch Wirkungen gegen Dritte. Die Gebundenheit ergreift hier unmittelbar das zugrundeliegende Recht. Diese direkte Einwirkung tritt nur da ein, wo auch das auflösend bedingte Geschäft unmittelbar auf den Gegenstand einwirkt. Dies drückt das Gesetz mit dem Wort „Verfügung" aus. Hierunter sind Rechtsgeschäfte zu verstehen, durch die Rechte geschaffen, im Inhalte verändert oder aufgehoben werden. Hat A. also die Uhr dem B. unbedingt verkauft, und übergibt er sie ihm unter aufschiebender Bedingung, so ist, wenn B. sie an C. weiter unbedingt verkauft und übergibt, bei Bedingungseintritt diese zweite Verfügung B.—C. unwirksam. Unwirksam würde auch eine bloße spätere Belastung zugunsten eines Dritten sein. Hat jemand unter auflösender Bedingung eine Forderung übertragen oder verpfändet, und ist diese selbe Forderung dann einem Dritten unbedingt abgetreten oder dem Schuldner erlassen bezw. von ihm eingezogen, oder im Falle der Uebertragung einem Dritten verpfändet, so wären diese zweiten Verfügungsakte ebenfalls unwirksam. Der gleichen rechtlichen Behandlung unterliegenden Verfügungen, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen.

Für den bedingt Berechtigten bestehen die Schwebewirkungen hauptsächlich in der Begründung einer Anwartschaft.[27]) Der Verkäufer A. hat beispielsweise ein solches Anwartschaftsrecht. Und zwar kann dieses schon Gegenstand von Rechtsgeschäften sein. Als zum Vermögen gehöriges Recht ist die Anwartschaft des bedingt Berechtigten vererblich. Sie fällt ferner bei seinem Konkurs auch in seine Aktivmasse. Auch ist hier zwecks Sicherung die Zulässigkeit von Arrest und einstweiliger Verfügung zu nennen (§§ 916 Abs. 2 936 ZPO.). Andererseits ergibt sich, daß im Konkurse des bedingt Verpflichteten der bedingt Berechtigte wenigstens provisorische Berücksichtigung verlangen kann (§ 67 KO.).

Im Vorstehenden sehen wir also, daß das auflösend bedingte Rechtsgeschäft während des Schwebezustandes noch nicht die vollen Wirkungen hat; andererseits läßt es auch während dieser Zeit nicht an seiner bloßen Existenz genügen, sondern hat für die Parteien bereits eine selbständige Bedeutung. Der bedingt Berechtigte hat bereits während des Schwebezustandes eine rechtlich gewährleistete Anwartschaft, der eine rechtliche Gebundenheit des bedingt Verpflichteten gegenübersteht. Dieser ist schon Gläubiger, Eigentümer, Berechtigter. Nur ein schuldhaftes Verhalten kann ihn ersatzpflichtpflichtig machen. Wer bedingt zur Herausgabe einer Sache oder zur Abtretung eines Rechts bloß verpflichtet ist, kann über Sache oder Recht inzwischen vollwirksame Verfügung treffen, selbst wenn er dadurch die Vertragspflicht verletzt. Wer jedoch einem anderen

[27]) Enneccerus I 1 § 185 I ld; R. Leonhard, § 89 Anm. 3.

ein bedingtes Recht eingeräumt oder abgetreten hat, dessen Verfügungen über das Recht fallen beim Bedingungseintritte als unwirksam zusammen — bis zum Eintritt der auflösenden Bedingung bleiben sie aber wirksam.

§ 4: Beendigung der Schwebezeit.

Der Schwebezustand des auflösend bedingten Rechtsgeschäftes endigt kraft Gesetzes mit Ausfall bezw. Eintritt der auflösenden Bedingung. Im ersten Falle ist dann die volle Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts vorhanden, im anderen wird offenbar, daß das von der Bedingung abhängige Recht nicht vollwirksam werden kann.

Die Frage, ob die auflösende Bedingung eingetreten oder ausgefallen ist, bringt keinerlei Besonderheiten, die der auflösenden Bedingung eigentümlich wären. Die Bedingung, die ein positives Ereignis zum Gegenstande hat ist dann erfüllt, wenn der ihrem Inhalte entsprechende Tatbestand verwirklicht ist; die negative dann, wenn mit Sicherheit feststeht, daß das Ereignis, an dessen Nichteintritt die Rechtswirkung geknüpft ist, nicht eingetreten ist und nicht mehr eintreten kann. Die Bedingung des positiven Ereignisses ist dann ausgefallen, wenn feststeht, daß der Tatbestand, an welchen sich die Rechtswirkung knüpfen soll, sich nicht verwirklicht hat und nicht mehr verwirklichen kann, die negative Bedingung dann, wenn der Tatbestand, der nicht eintreten sollte, eingetreten ist.[28]) Unabhängig vom Willen der Parteien und ohne weiteres Zutun tritt also die Bedingung ein und damit werden selbstätig die unten [29]) gekennzeichneten Wirkungen ausgelöst.

Ebenso ist es mit der im § 162 getroffenen positiv rechtlichen Regelung. Kraft der bereits erwähnten Fiktion gilt bei Vorliegen des Gesetzestatbestandes die auflösende Bedingung als eingetreten bezw. als ausgefallen. Jedoch nur dann, wenn das Verhalten der betr. Partei gegen Treu und Glauben verstößt. Wir haben bis jetzt den Fall zugrunde gelegt, wo der A. dem B. eine Uhr verkauft unter der auflösenden Bedingung, daß beispielsweise an dem in Aussicht genommenen Tage die Reichsmark den oder den Kurs habe. Also eine Zufallsbedingung.

Nun ist es aber auch denkbar, daß der A. die Uhr verkauft unter der auflösenden Bedingung der vollständigen Zahlung des Kaufpreises. Hier ist die Möglichkeit gegeben, den Eintritt bezw den Ausfall der Bedingung zu beeinflussen. Ein positives Tun oder ein Unterlassen der Partei steht an der Stelle des unbeeinflußbaren Ereignisses im ersten Beispiel, das bei der Zufallsbedingung die Beendigung des Schwebezustandes herbeiführt. Es handelt sich m. a. W. um eine Potestativbedingung.

---

[28]) Staudinger zu § 158, 4.

[29]) Vgl. unten S.

Das Problem der Potestativbedingung liegt darin, ob sie eine echte Bedingung sei, und ob auf sie daher die Regeln der Bedingungen Anwendung finden. Bevor wir zu dieser Frage Stellung nehmen, sei eine kurze Darstellung des Wesens der Potestativbedingung gegeben.[30]) Dies sind Bedingungen „die in dem freiwilligen Verhalten eines bedingt Berechtigten bestehen, namentlich auch solche, die in seiner einfachen Willensäußerung liegen".[31]) Weitergehend bezeichnet man mit dem Ausdruck Potestativbedingung alle vom Willen einer Geschäftspartei abhängigen Bedingungen. Dies möge an folgendem Beispiel verdeutlicht werden: A. verkauft in obigem Falle die Uhr an B. vorbehaltlich seiner späteren Bestätigung des Kaufvertrages. Vergleicht man beide Fälle mit einander, so ergeben sich gewisse Gleichheiten und Abweichungen.

Gleich ist in beiden Sachverhalten der Grund des Hinzufügens der Bedingung. Die Partei, welche die Bedingung setzt, ist selbst noch nicht ganz entschlossen. Sie will sich die Sache noch überlegen. Sie ist dazu auch vollkommen in der Lage; denn bezahlt sie im ersten Falle nicht ganz, so fällt die Bedingung aus. Der Vertrag wird hinfällig. Im zweiten Falle braucht die spätere Bestätigung nicht vorgenommen zu werden, um zu demselben Ergebnis zu kommen. Mit der Entscheidung über den Eintritt der Bedingung hat sie zugleich auch die Entscheidung über die Wirksamkeit des Vertrages in der Hand zurückbehalten. Im ersten Beispiel ist das als Bedingung gesetzte Verhalten ein positives Tun — die vollständige Bezahlung des Kaufpreises. Ebenso könnte ein Unterlassen den Bedingungsinhalt bilden. Im zweiten Beispiel ist eine Willenserklärung der bestätigenden Partei das entscheidende Ereignis. Wenn sie bestätigt, wenn sie „will", dann ist der Vertrag perfekt Daher nennt Raape diese Bedingung Wollensbedingung, zum Unterschied von dem ersten Falle, wo seiner Ansicht nach eine Willkürbedingung vorliegt. Auch die Willkürbedingung kann in einer Willenserklärung bestehen. Soweit die Gemeinsamkeiten.

Folgende Unterschiede ergeben sich. Bei der Willkürbedingung sind die Parteien bereits gebunden.[32]) Bei der Wollensbedingung dagegen besteht keine Gebundenheit. Die Bestätigungserklärung geht inhaltlich auf dieselben Wirkungen wie die frühere Willenserklärung der Partei: nämlich den Kauf abzuschließen.

Ueber die Zulässigkeit dieser zwei Arten der Potestativbedingung besteht keine einheitliche Meinung. Für das gemeine Recht stellte Windscheid[33]) den Satz auf, daß bei suspensiv bedingten Verpflichtungsgeschäften die Bedingung nicht auf das bloße Wollen oder die reine Willkür der Verpflichteten gestellt werden könne. Dagegen

---

[30]) Im folgenden vgl. Raape, Wollensbedingung.
[31]) R. Leonhard, Allgem. Teil, S. 393.
[32]) Raape, a. a. O. S. 5.
[33]) Pandekten I § 93.

hielt er es für zulässig, daß der Erklärende sich unter der Bedingung verpflichte, daß er selbst eine bestimmte Handlung vornehmen werde, auch dann, wenn die Vornahme dieser Handlung schlechthin in seinem Belieben stände.

Für die Zulässigkeit der Potestativbedingung im geltenden Recht sowohl als Willkür- wie Wollensbedingung tritt ein großer Teil der Literatur ein.[34]) Das RG. bemerkt in dem Plenarbeschluß in 72/385: „Daß ein Vertrag unter einer Bedingung geschlossen werden kann, die im bloßen Wollen des Berechtigten steht, unterliegt keinem Bedenken. Dagegen ist es rechtlich nicht möglich, das bloße Wollen des Verpflichteten zur Vertragsbedingung zu machen. Anders liegt aber der Fall, wenn die Verpflichtung abhängig gemacht wird, nicht von dem künftigen Wollen des Verpflichteten, sondern von einem, wenn auch in seinem Belieben stehenden Tun".

Man kann jedenfalls die unbegrenzte Zulässigkeit wenigstens der Willkürbedingung annehmen, abgestellt sowohl auf ein Verhalten des Berechtigten als auch auf ein solches des Verpflichteten. Das genügt uns für vorstehende Abhandlung. Leitend mag hierbei vielleicht der Gedanke gewesen sein, daß die betr. Partei zwar Herr über ihr Verhalten ist, nicht aber über dessen Folgen. Diese treten ein, ob sie will oder nicht, wenn nur das zum Inhalt der Bedingung gemachte Verhalten gesetzt ist. Nur in ersterer Beziehung besteht ein Unterschied zwischen Willkür- und Zufallsbedingung, nicht in zweiter.

§ 5: Wirkungen des Bedingungseintritts: Geschichtlicher Ueberblick

Die Beendigung dieses Schwebezustandes zieht nun eigenartige Wirkungen nach sich. Die folgenden Abschnitte sollen der Betrachtung dieser Wirkungen, die eng mit dem Wesen der auflösenden Bedingung zusammenhängen, gewidmet sein. Es ist hier unsere Aufgabe, zunächst einen kurzen historischen Ueberblick zu geben.

Im Vordergrunde des Meinungsaustausches stand schon immer die Frage nach der Rückwirkung der eingetretenen auflösenden Bedingung. Daneben bildete die Beantwortung des Problems, ob der auflösenden Bedingung dingliche oder nur obligatorische Kraft innewohnt, ein nicht minder wichtiges Gebiet. Wie wir im weiteren Verlaufe der Abhandlung sehen werden, ist für die Lösung des der vorstehenden Arbeit zugrundeliegenden Problems die Entscheidung der zweiten Alternative die wichtigere. Kohler[35]) geht sogar so weit, nur „in denjenigen Fällen von einer eigentlichen Resolutivbedingung

[34]) Enneccerus I 1 § 181 IV 3; R. Leonhard, Allg. Teil S. 395; F. Leonhard, Jherings J. 39/134; Walsmann, Jher. J. 54/197. Gegen Zulässigkeit der Wollensbedingung Raape, a. a. O. S. 18 f.

[35]) Arch. f. Bürgerl. Recht, 15/4.

zu sprechen, wo die Nebenwillenserklärung dingliche Wirkung hat und möchte daher diese Resolutivbedingung echte nennen". In anderen Fällen redet er nur von auflösenden Nebenverträgen.

Im römischen Recht waren einige wenige Fälle bekannt, in denen der auflösenden Bedingung dingliche Wirkung beizumessen war. Daß dieses nicht in allen Fällen zutraf, erklärt sich aus dem dem römischen Recht eigentümlichen Zwiespalt des Eigentums in bonitarisches und quiritisches Eigentum. Wird eine Sache unter der auflösenden Bedingung der in dem addictio veräußert, so liegt beispielsweise ein Fall der dinglichen Wirkung vor. Der Käufer ist nicht mehr Eigentümer, sondern er hat ipso jure aufgehört es zu sein. Da nun eine Herrenlosigkeit der Sache gewiß nicht angenommen werden konnte, so kann jetzt nur der Verkäufer als Eigentümer gelten, an welchen ja vermöge der in diem addictio die Sache ohne dies zurückkommen sollte.

Eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung ist im klassischen römischen Recht nicht vorhanden. Sie würde sogar den Quellen widersprechen, die z. B. bei der lex commissoria auch noch nach Eintritt der Bedingung die Kontraktsklage gaben.[36])

Auch im gemeinen Recht war das Interesse an den Wirkungen der auflösenden Bedingung groß. Man bemerkt hier eine Zuspitzung des Kampfes sowohl bezügl. der dinglichen Wirkung als auch bezügl. der Rückwirkung.

Die Verneinung oder Bejahung der dinglichen Kraft hängt eng mit der Auffassung der rechtlichen Natur der auflösenden Bedingung zusammen. Czyhlarz, der die auflösende Bedingung aus zwei Rechtsgeschäften zusammensetzt, lehnt die dingliche Kraft entschieden ab. „Ist nämlich die Resolutivbedingung wirklich ein mit dem Hauptgeschäft verbundener bedingter contrarius consensus, also ein formloser Auflösungsvertrag, so kann sie bei den Formalgeschäften höchstens nur eine indirekte Wirkung haben, da die vollständige Aufhebung der durch Formalakte begründeten Rechtsverhältnisse nach römischen Prinzipien wieder einen besonderen korrespondierenden Formalakt voraussetzt".[37]) Er beweist dies an Hand der hauptsächlichsten Formalgeschäfte. Für die mancipatio führt er Seite 69 auf: Ist sie einmal gültig vorgenommen, so kann sie überhaupt nicht mehr rückgängig gemacht werden. Sollen die Folgen der mancipatio aufgehoben werden, so ist eine remancipatio erforderlich. Eine auflösende Bedingung könnte bei der mancipatio nur in einem Zusatz enthalten sein. In diesem Zusatze sei aber andererseits die remancipatio nicht enthalten. Folglich kann der die Resolutivbedingung enthaltende Zusatz höchstens eine obligatorische Bedeutung haben. Aehnliches gilt bei der in jure cessio und der traditio und der adjudicatio. Bei den Consensualkontrakten wird bei Bedingungseintritt ledig-

[36]) Fr. 4, pr. de lege commiss.

[37]) Czyhlarz Seite 68.

lich der zugrundeliegende Kontrakt aufgelöst. Beispielsweise werden beim Kaufvertrage - dem häufigsten Anwendungsfall der auflösenden Bedingung — mit Auflösung des Vertrages die Kontraktsklagen wie die actio venditi und actio emti gegeben.[38]) Demgegenüber behauptet die herrschende Ansicht die vollkommene dingliche Wirkung, d. h. es wird nicht nur der Kaufvertrag aufgelöst, sondern auch jede rechtliche Wirkung, die auf Grund des Vertrages zu der Zeit des Bedingungseintritts bereits eingetreten ist.

Die Lehre von der Rückwirkung, die im nachklassischen römischen Recht im bejahenden Sinne entschieden war, bildete den Gegenstand der meisten Abhandlungen über die Bedingungen im gemeinen Recht. Die Fülle des Stoffes ist derart umfangreich, daß es über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde, eine erschöpfende Darstellung zu geben. Wir beschränken uns daher nur auf einen ganz kurzen Ueberblick, soweit es für das weitere Verständnis unentbehrlich erscheint.

Sowohl unter den Vorkämpfern der Rückwirkung als auch unter den Gegnern finden sich namhafte Vertreter. So lehrten von Vangerow, Arndts, Jhering, Fitting, Thibaut, Windscheid u. a. die rückwirkende Kraft. Auf der gegnerischen Seite befinden sich Namen wie Eisele, Wendt für die gewillkürten Bedingungen im allgemeinen, Köppen leugne tdie Rückwirkung der Resolutivbedingungen, weil diese eine Befristung enthalten. Zwischen beiden Seiten vermittelten Hartmann, Exner und später auch Windscheid. Ja, allmählich kam es sogar dazu, daß hervorragende Lehrer der Rückwirkung, wie z. B. Jhering, Fitting, sich veranlaßt sahen, die Rückwirkung zum Teil oder auch ganz aufzugeben.[39])

Der Grund dieses ewigen Auf und Nieder und des trotz gemeinsamen Weges heftig wogenden Kampfes ist die Tatsache, daß fast jeder etwas anderes unter dem Begriff der Rückwirkung versteht. Es ist unter diesem Ausdruck nicht „das Unding einer rückwärts wirkenden Ursache" zu verstehen.[40]) Auch ist es abzulehnen, mit Fitting[41]) deklaratorische Kraft anzunehmen. Der Eintritt der Bedingung mache „die eigentliche, wahre Natur eines vorhergehenden Zustandes offenbar". Scheurl[42]) trennt zwischen dem Begriff der Rückwirkung und dem der Rückziehung. Die Rückziehung sei eine gesteigerte Rückwirkung. Das besondere der Rückziehung bestehe darin, daß in der Zwischenzeit ein ungewisser Zustand angenommen wird, dessen Beschaffenheit sich durch den später erfolgten Bedingungseintritt nur aufklärt. Es bestehe also einstweilen eine gleichmäßige

[38]) Czyhlarz Seite 38 ff.; hierzu auch Windscheid, Wirkung der erfüllten Bedingung S. 25.

[39]) Literaturübersicht bei Adickes, Seite 97.

[40]) Exner, Ztschr. f. Priv. u. öffentl. Recht 1/23.

[41]) Rückziehung S. 6.

[42]) Scheurl, Nebenbestimmung bei Rechtsgeschäften, Seite 194 ff.

Ungewißheit über den gegenwärtigen Rechtsbestand. Bei der wahren Rückwirkung dagegen, wie sie im Falle der Bedingung Platz greift, steht ein bestimmtes Rechtsverhältnis für die Gegenwart vollkommen fest. Es schwebe nur ein anderes entgegengesetztes Rechtsverhältnis zwischen Dasein und Nichtdasein. Scheurl behauptet somit, einen Gradunterschied zwischen beiden Figuren. Wo liegt denn aber der für die Entscheidung wichtige Grad! Kann man überhaupt einen solchen Unterschied bilden? Unseres Erachtens nicht. Die Grenze ist doch zu fließend, als daß mit Bestimmtheit gesagt werden könnte, da oder dort liege der Unterschied.

Wir meinen, der Begriff der Rückwirkung besteht darin, daß der Eintritt der Bedingung für die Zukunft ein Rechtsverhältnis schafft, des Inhaltes, als sei es schon in einem früheren Zeitpunkt zur Entstehung gelangt. Unsere Ansicht geht dahin, daß es gleichgültig ist, ob man von einer Rückwirkung, Rückziehung, Rückdatierung oder ähnlichem redet, sofern man nur nicht mehr oder weniger darunter versteht, „als daß durch ihren Ausfall entschieden wird, ob die objektive rechtliche Grundlage, die durch den älteren Willensakt belegt war, zusammenfällt oder ob dieser ältere Willensakt nunmehr zum Quell eines wirklichen Rechtsverhältnisses gestaltet wird. Für zweckmäßig aber kann die Bezeichnung dieses Verhältnisses als Rückwirkung nicht gelten, solange man in das Wort vielfach und nicht immer unzweideutig einen weitergehenden Willen hineingelegt hat, nämlich den einer eigentümlichen Steigerung der Wirkungen nach dem Maße, wie wenn das Rechtsverhältnis selbst schon länger bestanden hätte". [43])

Damit haben wir zugleich die oben offengelassene Frage nach dem Wesen des Schwebeverhältnisses beantwortet. Tatsächlich ist der bedingt Verpflichtete schon Eigentümer etc. Ein Rechtsverhältnis besteht schon jetzt in voller Gewißheit. Sollte es Fälle geben, in denen Rückwirkung möglich ist, so handelt es sich lediglich um eine Fiktion und nichts anderes.

§ 6: Wirkungen des Bedingungseintritts im geltenden Recht.

Wir kommen jetzt zu den Folgen, die sich im geltenden Recht an den Bedingungseintritt knüpfen. Vorher sollen aber noch kurz die Wirkungen des Ausfalls der auflösenden Bedingungen erwähnt werden.

Das unter auflösender Bedingung geschlossene Geschäft ist mit Vertragsschluß pure abgeschlossen. Steht der Ausfall der Bedingung fest, so hat dies für den Anfallsberechtigten zur Folge, daß sein Rückfallsrecht erlischt, geleistete Sicherheiten werden frei. Andererseits sind auch die Beschränkungen des vorläufig Berechtigten — also bedingt Verpflichteten beseitigt. Er ist jetzt Inhaber des gänzlich

[43]) Hartmann, Krit. V. Schr. 13/528.

unbeschränkten Rechts. Getroffene Verfügungen werden, soweit sie es nicht bereits sind, voll wirksam. An eine Auflösung des Geschäfts ist jetzt nicht mehr zu denken. Kurz, der Bestand des Geschäfts ist gesichert.

Bemerkenswert sind die Folgen die sich an den Eintritt der auflösenden Bedingung knüpfen. Grundlegend sind auch hier die Fragen nach dinglicher oder obligatorischer Wirkung einerseits und ex tunc oder ex nunc Wirkung andererseits zu unterscheiden. Ausgangspunkt dieser Betrachtung ist § 158. Er lautet:

Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen, so endigt mit dem Eintritte der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkte tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.

Beginnen wir mit der Frage, ob der erfüllten auflösenden Bedingung dingliche oder nur obligatorische Wirkung innewohnt. Es war bestritten, „ob bei Rechtsübertragungen, zumal der Eigentumstradition, der Rückfall ipso jure erfolge, sodaß also auch alle von dem inzwischen berechtigten eingeräumten Rechte Dritter wegfallen (dingliche Wirkung), oder ob nur eine obligatorische Rückgabepflicht entstehe, die natürlich gegen Dritte nicht geltend gemacht werden kann (sogen. obligatorische Wirkung).[44] Wie aus § 158 ersichtlich, hören die sofort mit dem Geschäftsabschluß eintretenden Wirkungen mit dem Eintritt des bedingenden Ereignisses ohne weiteres auf. Im Einklang mit der herrschenden Meinung im gemeinen Recht und der Auffassung der Entwürfe ist die Entscheidung demnach „im BGB. scharf und schneidig für die unmittelbare Wirkung erfolgt".[45] Es entsteht nicht nur eine Verpflichtung, die eingetretene rechtliche Wirkung wieder aufzuheben, sondern diese Aufhebung erfolgt von selbst in der Art, daß der frühere Rechtszustand wieder eintritt. Der Sinn dieser Regelung ist verständlich, wenn man beachtet, daß bei obligatorischen Geschäften, die sofort erfüllt werden, eine dreifache Möglichkeit gegeben ist. Verkauft der A. dem B. eine Uhr und übergibt er sie dem B., so kann entweder lediglich der schuldrechtliche Kaufvertrag auflösend bedingt sein, oder das dingliche Erfüllungsgeschäft; endlich kann die auflösende Bedingung sowohl dem obligatorischen wie dem dinglichen Vertrage beigefügt sein. Im ersten Falle ist sodann mit Eintritt der Bedingung der Kaufvertrag ohne weiteres hinfällig, die Eigentumsübertragung ist aber nach wie vor gültig. Dem ursprünglichen Eigentümer steht also nicht die rei vindicatio zu, sondern nur die condictio ob causam finitam. Im zweiten Falle dagegen bleibt das Schuldverhältnis bestehen, während das Eigentum ohne weiteres Zutun an den A. zurückfällt. Der letzte Fall endlich wird wohl der gewöhnliche sein. Hier werden Kaufvertrag und Eigentumsübergang hinfällig. Der Käufer hat also die Wahl zwischen rei vindicatio und der Condictionsklage. Im einzelnen er-

[44] Enneccerus I 1, § 187 I 3 a.

[45] Crome I, § 100 Seite 443.

geben sich noch folgende Sachlagen. Auch bei dem Uebergang des Eigentums an einem Grundstücke geht dieses ohne weiteres zurück, andere eingetragenen Rechte gehen ebenfalls ohne Löschung unter, und es kann Grundbuchberichtigung verlangt werden. Bei der Abtretung einer Forderung fällt die Forderung ohne weitere Rückübertragung an den Abtretenden zurück. Bei der Erbeseinsetzung äußert die Erfüllung der auflösenden Bedingung ihre Wirkung im weiteren Anfall der Erbschaft. Diese Lage muß von Stund an nicht nur der Erwerber sondern auch jeder beteiligte oder unbeteiligte Dritte anerkennen.

Auch für das Problem der Rüzkwirkung gibt uns § 158 die nötigen Anhaltspunkte. In Abs. 2 das. wird die Rückwirkung der eingetretenen auflösenden Bedingung vereint, denn die Endigung der Geschäftswirkung tritt nach der Vorschrift erst mit dem Eintritte der Bedingung ein für die Zukunft. Bei der Frage der Rückziehung der erfüllten Bedingung sind zwei Punkte besonders in Betracht zu ziehen: Die nach dem Umfang der Leistungspflicht des bedingten Veräußers und die nach der Wirksamkeit seiner Zwischenverfügung. Die Antwort auf die erste Frage haben wir eben in Anlehnung an § 158 gegeben. Nun hat man wenigstens eine beschränkte Rückwirkung behauptet. Niedner[46]) sagt: „§ 161 charakterisiert sich vielmehr als eine Ausnahmebestimmung. Er schränkt die in § 158 ausgesprochene Verneinung der Rückziehung wieder ein, aber nur für bestimmt hervorgehobene Fälle". [47]) Hiergegen wendet sich die Mehrzahl der Schriftsteller. [48]) So meint Oertmann, „die Unwirksamkeit der Zwischenverfügung (§ 161) erklärt sich im Sinne des BGB. nicht aus einer Rückziehung, sondern aus den inzwischen bereits vorhandenen Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten." Die von der Bedingung abhängende Wirkung wird, wenn die Bedingung eintritt, nicht schon als mit dem Abschluß des Rechtsgeschäfts eingetreten angesehen, sondern entsteht erst mit dem Eintritte der Bedingung. Derjenige, dem das Eigentum bedingt übertragen war, war in der Zwischenzeit auch Eigentümer und er hat daher auch die Früchte erworben. Bei Schuldverträgen fällt das Schuldverhältnis „jetzt" aus; bei Abtretung einer Forderung fällt „jetzt" die Forderung ohne weiteres zurück. Verzugsfolgen können nachträglich nicht eintreten.

Hierin tritt nach § 159 nur auf Grund einer besonderen Abrede eine Aenderung ein, wenn die Rückwirkung in dem Vertrage oder sonstigen Rechtsgeschäften festgesetzt ist. Die Parteien können ein Interesse daran haben, daß bei Erfüllung der Bedingung das Rechtsverhältnis unter ihnen so beurteilt werde, als seien die Wirkungen

[46]) D. J. Z. 1907/569.

[47]) Aehnlich Matthias S. 260; Zitelmann Allgem. Teil S. 127 b 2 b

[48]) Planck zu § 158, 3; Staudinger zu § 158, 8; Crome I S. 446 Anm. 12; Motive I/252; RG. 77/190; Oertmann zu § 158, 2 c; Endemann § 77 Anm. 19.

des Rechtsgeschäftes schon in einem früheren Zeitpunkte eingetreten. Einseitige Erklärungen einer Partei sind belanglos. Maßgebend kann der Tag des Geschäftsabschlusses oder der der Uebergabe der bedingt verkauften Sache oder ein beliebiger Termin sein. Diese Rückwirkungsklausel wirkt nur im Innenverhältnis zugunsten und zulasten beider Parteien. Hauptsächlich bezieht sie sich auf Nutzungen, Verwendungen, Lasten, Steuern etc. Hat also der Erwerber in der Zwischenzeit Früchte gezogen, so muß er diese dem Veräußerer herausgeben, genau so, als wenn das Geschäft von vornherein als unbedingtes geschlossen und von ihm nur tatsächlich noch nicht erfüllt wäre. „Es sind somit die Sonderregeln des betreffenden besonderen Verhältnisses maßgebend (Kauf usw.), nicht die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung". [49])

[49]) Staudinger zu § 159, 2 b β; Oertmann zu § 159 2 b β.

2. Teil: Begriff des Rücktritts.

§ 7:
Abgrenzung des Rücktritts von ähnlichen Figuren.

Nachdem die auflösende Bedingung behandelt worden ist, wenden wir uns dem Rücktritt zu. Der Rücktritt ist eine selbständige Rechtsdisziplin, die in den §§ 346—361 im Gesetz niedergelegt ist. Diese Vorschriften sind jedoch nicht so klar, daß sie nicht jeden Zweifel ausschließen. So ist es daher gekommen, daß jede mögliche Anschauung in der Literatur Vertreter gefunden hat. Bevor wir uns nun dem Rücktrittsrecht im einzelnen zuwenden, gilt es, den Rücktritt von verwandten Begriffen zu scheiden, seinen Begriff festzulegen und damit die Grundlage für die weiteren Ausführungen zu schaffen.

Im römischen Recht hatte man für die Figur des Rücktritts die Ausdrücke renuntiare, resilire, revocare, resolvere, recedere, discedere, reszindere zur Verfügung. Während der Geltung des gemeinen Rechts verstand man unter dem Rücktritt alle einseitigen Aufhebungsakte wie beispielsweise Kündigung und Widerruf. Auch bei den Bearbeitungen zum BGB. hat man den Begriff des Rücktritts als einen allgemeinen einseitigen Aufhebungsakt bezeichnet.[50] Indessen ist im heutigen Recht der Rücktritt scharf hiervon zu trennen. Es ist nötig, zwischen der Beendigung und der Aufhebung eines Vertrages zu unterscheiden.[51] Es ist denkbar, daß eine solche Aufhebung durch einen Vertrag oder durch eine einseitige Erklärung erfolgt. Von dem Begriff Aufhebung wird man dann reden, wenn die Vertragswirkungen tatsächlich voll und ganz beseitigt werden und somit die vollzogenen Leistungen wieder zurückgewährt werden sollen. Hier wäre der mutuus dissensus, der vertragsmäßige Verzicht — ein zweiseitiges Rechtsgeschäft — zu nennen. Der Vertrag wird hier also aufgehoben, und der Rechtsgrund der Leistungen entfällt. Die Anwendung der §§ 812 ff. ist somit begründet, bezw. es kann auch vereinbart werden, daß alles in vollem Umfange zurückzugewähren ist. Von einer Beendigung dagegen wird man nur dann sprechen können, wenn der Vertrag bis zu dem bestimmten Zeitpunkte vollauf bestehen bleibt, und die erfolgten Leistungen nicht zurück zu gewähren sind. Dies kommt besonders bei Dauerverhältnissen vor, wie Miete, Leihe etc. Von einseitigen Zerstörungsakten kommen in Frage der Rücktritt, die Kündigung, der Widerruf, die Anfechtung.

---

[50]) Motive 2/315, 375, 389; Protokolle 2/47, 228, 275, 301.

[51]) Im folgenden F. Leonhard, Schuldrecht § 199 f.

Schon der erste Entwurf §§ 528 ff., 557, 566 besagt, daß Kündigung und Widerruf mit dem Rücktritt nicht identisch seien. Denn dort heißt es für die genannten zwei Rechtsfiguren immer nur „Rücktritt für die Zukunft". Zwar hat man auch weiterhin behauptet, „die sogen. Kündigung ohne Kündigungsfrist ist ein Rücktritt, bei dem die Auflösung des Schuldverhältnisses nicht auf den Beginn sondern auf einen später liegenden Zeitpunkt zurückbezogen wird." Also, „daß zwischen Kündigung und Rücktrittsrecht kein grundsätzlicher, begrifflicher Unterschied besteht." [52] Gewiß hat die Kündigung Aehnlichkeit mit dem Rücktritt. Ihr besonderes Feld sind die auf Zeitdauer berechneten Verträge, bei denen es nicht so sehr auf den Austausch realer Vermögenswerte ankommt, sondern auf fortdauernde Leistung gegen Entgelt (§§ 542, 544, 553, 554, 620, 723). Beide wurzeln entweder im Gesetz oder in Vorbehalten. Dies hat aber keinen Einfluß auf ihr Wesen, das sich in der Wirkung offenbart. Bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern hat das Gesetz für die Kündigung und Rücktritt abweichende Vorschriften getroffen, indem § 356 die Ausübung des Rücktrittrechts nur von bezw. gegen alle zuläßt, die §§ 425, 429 aber bis auf § 432 bei teilbaren Leistungen die Kündigung geteilt wirken läßt. Es ist demnach wohl zwischen Kündigung und Rücktritt zu unterscheiden.[53]

Bei der Aufhebung durch Widerruf ist zu unterscheiden, ob ein vollendeter oder unvollendeter rechtsgeschäftlicher Tatbestand vorhanden ist. Bei einem unvollendeten — also z. B. §§ 109, 178, 1397 — soll durch den Widerruf der rechtlichen Existenz des Geschäfts vorgebeugt werden. Es werden Willenserklärungen widerrufen. Diese Fälle kommen aber nicht in Betracht. Bei vollendeten Tatbeständen kommt der Widerruf sowohl bei einseitigen — §§ 658, 2253, 2270 — wie auch bei zweiseitigen Rechtsgeschäften — §§ 610, 671 — vor. Diese große Verschiedenartigkeit der widerrufbaren Rechtsgeschäfte und die damit verbundene verschiedene Wirkung des Widerrufs bei ihnen rechtfertigen die Annahme, daß auch hier ein Unterschied zu machen ist.

Anfechtung und Rücktritt unterscheiden sich teils in ihren Voraussetzungen, teils in ihren Wirkungen. Die Anfechtung bedeutet nur die Geltendmachung eines schon vorhandenen Rechtsmangels. Denn nur solche Geschäfte, die mit einem Willensmangel behaftet sind, sind anfechtbar (§§ 119, 123). Der Rücktritt dagegen hat ein vollgültiges Geschäft zur Voraussetzung. Die Wirkungen der Anfechtung sind teils enger, teils weiter als die des Rücktritts. Enger, weil wegen Ausfalls der causa der Ausgleichsanspruch gemäß §§ 812 ff. einsetzt, der gewöhnlicherweise nur auf die Bereicherung geht. Weiter, weil die Anfechtung auch dingliche Ansprüche er-

[52] Alsberg, Arch. f. Bürgerl. Recht 22/100.

[53] F. Leonhard, Schuldrecht, § 199, Schönfeld, Recht 1902/368; Oertmann, Bl. f. R. A. 69/74.

zeugen kann, wenn nämlich das dingliche Geschäft auf einem Willensmangel beruht und so zur Vernichtung geführt wird. Endlich sei hier noch eingeschaltet, daß, wenn beide Vertragsgegner den Rücktritt erklären, wir es nicht mit einer Vertragsaufhebung durch Willenseigung zu tun haben. Auch dann finden die Vorschriften über den Rücktritt Anwendung.[54])

§ 8: Konstruktion des Rücktritts.

Das zweite Buch des BGB. — das Recht der Schuldverhältnisse - dient hauptsächlich den Interessen des täglichen Verkehrs. Es gilt daher der Grundsatz der Vertragsfreiheit, denn der Güteraustausch kann nur dann reibungslos sich vollziehen, wenn er nach den freien Bestimmungen der Kontrahenten vor sich gehen kann. Ihr übereinstimmender Wille ist es in erster Linie, der bestimmt, was zwischen ihnen rechtens sein soll. Es hängt die Verkehrssicherheit davon ab, daß die Parteien sich nach Abschluß des Vertrages im klaren sind über ihre rechtliche Gebundenheit. Es können jedoch in der Folgezeit Umstände eintreten, die ein solches Gebundensein nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen. Auch die Rechtsordnung ist sich bewußt, daß in solchen Fällen ein Freiwerden von der Vertragsgebundenheit im Interesse der Parteien wünschenswert sein kann. Sie kennt daher Möglichkeiten, einen Vertrag wieder aufzulösen. „Es ist Zweck von auflösenden Vorbehalten, den Fortbestand des Vertrages in Abhängigkeit zu setzen von ungewissen Ereignissen, deren Eintritt der berechtigten Partei das Interesse an dem Fortbestande und der Erfüllung des Vertragsverhältnisses nimmt".[55]) Der Rücktritt, der ein solcher Vorbehalt ist, kann seinen Rechtsgrund in zweierlei Anordnung haben. Gemäß dem Prinzipe der Vertragsfreifreiheit können die Parteien sich den einseitigen bezw. beiderseitigen Rücktritt vorbehalten.

Ferner hat das Gesetz der oben geschilderten Billigkeit entsprechend von Rechts wegen das Rücktrittsrecht in verschiedenen Fällen gewährt. Im allgemeinen Teil des Schuldrechts sind an drei Stellen die Vorschriften, die für das vertragliche Rücktrittsrecht gelten, für entsprechend anwendbar erklärt, und zwar in den §§ 280 Abs. 2, 283 Abs. 2, 286 Abs. 3. Auch weiterhin gilt in §§ 323 ff. dasselbe. Ferner sei hier auf die Wandlung und die Minderung beim Kauf verwiesen. Da überall die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht für „entsprechend" anwendbar erklärt worden sind, so beschränken wir uns hauptsächlich auf letzteres und weisen nur gelegentlich auf das gesetzliche Rücktrittsrecht hinüber, wenn es nötig erscheint.

Man kann nun den Vertragsinhalt, der einen Vertrag zu einem Vertrage gewisser Art macht und ihn als solchen gewissen Regeln

[54]) RG. in J. W. 1914/ 865.
[55]) Endemann § 148, 3 a.

unterstellt, z. B. Kauf oder Tausch, durch eine besondere Abrede verändern, ohne daß hierdurch ein wesentlich anderes Gebilde erzeugt wird. Eine solche Beredung bildet dann dem Hauptvertrage gegenüber einen Nebenvertrag. Fügt man daher in den Kaufvertrag die Rücktrittsklausel ein, so wird diese zu jenem sich verhalten, wie ein Nebenvertrag zum Hauptvertrag.[56] Von diesem Standpunkt aus wird es dann nicht schwer fallen, sich zu erklären, daß es möglich ist, den Kaufvertrag zunächst ohne Einfügung einer Rücktrittsbestimmung zu schließen, später dann aber diese Abrede hinzuzufügen. So sagt denn auch Staudinger:[57] „daß der Vorbehalt im Vertrage vereinbart sein muß, hindert nicht, daß er auch nachträglich noch durch ‚besonderen Vertrag' vereinbart werden kann". In diesem Falle ist im Zweifel anzunehmen, daß bei Ausübung des Rücktritts das Verhältnis der Parteien so beurteilt werden soll, wie wenn der Rücktritt schon im Vertrage selbst verabredet worden wäre. Denn es handelt sich um einen Nachtrag zum Vertrage, durch den die Parteien im Zweifel dem Vertrage von Anfang an einen anderen Inhalt geben wollten. Ein solches vertragsmäßiges Rücktrittsrecht besteht auch im Falle des § 455. Diese Vorschrift hat — wie die Worte ‚im Zweifel' andeuten — nur den Sinn einer gesetzlichen Auslegungsregel, die dann keine Anwendung findet, wenn aus den erklärten Vereinbarungen der Parteien ein entgegenstehender Wille zum Ausdruck kommt.

Als besondere Arten von aufhebenden Nebenverträgen kommen in Betracht:

a) der Reuvertrag (pactum displicentiae). Hier behält sich der Gläubiger oder Schuldner den Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes oder bei Abgabe der Rücktrittserklärung vor;

b) der Vorbehalt des besseren Angebots (in diem addictio);

c) Verwirkungsklausel (lex commissoria). Hier soll durch die Pflichtverletzung dem Gläubiger lediglich das Recht gegeben werden, über die Fortdauer des Vertrages zu entscheiden;

d) das Fixgeschäft.

Alle diese Fälle werden wir jeweils zum besseren Verständnis gelegentlich heranzuziehen haben.

§ 9: Gestaltung der Schwebezeit.

Wie schon hervorgehoben, soll die Figur des Rücktritts den Parteien die Möglichkeit geben, in Zukunft in gewisser Weise auf den Vertrag einzuwirken. Der wirtschaftliche Zweck des Rücktrittsrechts geht also dahin, den Berechtigten bei einer Aenderung der Umstände Schutz zu gewähren gegen etwaige nachteilige Folgen des Vertragsschlusses. A. hat beispielsweise seine Uhr dem B. verkauft und übergeben unter dem Vorbehalt des Rücktritts. Nehmen wir nun an, daß der Vertrag am 1. Januar geschlossen wurde, und daß darauf am

[56] Windscheid, Pandekten II, § 323.

[57] Zu § 346, 3.

15. desselben Monats das Rücktrittsrecht ausgeübt wird. Es ergibt sich dann die Frage, welche Ausgestaltung die Rechtsordnung der Zeit vom 1.—15. Januar gibt. Welche Stellung haben Käufer und Verkäufer? Sind sie frei in ihren Entschlüssen? Können sie etwa auf die empfangenen Gegenstände in beliebiger Weise einwirken?

Eine Erkenntnis ist wohl klar und unbestreitbar. Wer eine Sache auf Grund eines mit einem Rücktrittsvorbehalt belasteten Vertrages erwirbt, muß von vornherein damit rechnen, daß das Rücktrittsrecht ausgeübt werden kann. Er muß deshalb den Gegenstand der Leistung so behandeln, daß er ihn im Falle der Ausübung zurückgewähren kann. Deshalb hat auch das Gesetz verordnet, wie die Kontrahenten sich in der Zeit zwischen dem Empfang der Leistung und der Geltendmachung des Rücktrittsrechts zu verhalten haben. Wir richten unser Hauptaugenmerk darauf, festzustellen, wieweit in der Zwischenzeit auf den empfangenen Gegenstand eingewirkt werden kann, ohne daß sich daraus rechtliche Nachteile — etwa der Verlust des Rücktrittsrechts oder Begründung einer Schadenersatzpflicht für den Einwirkenden ergeben.

Mit Entgegennahme des übergebenen Gegenstandes auf Grund der Schuldverhältnisse ist der Empfänger sofort Eigentümer, Gläubiger, Berechtigter usw. Ehe der zum Rücktritt Berechtigte nun den Rücktritt erklärt hat, ist der Empfänger niemandem gegenüber verpflichtet, für die Erhaltung des Gegenstandes Sorge zu tragen. Es besteht keine Rückgabepflicht, nicht einmal eine bedingte. Es ist bei körperlichen Gegenständen denkbar sowohl eine tatsächliche wie rechtliche Einwirkung; bei nicht körperlichen Gegenständen ist natürlich an körperliche Veränderungen überhaupt nicht zu denken. Bei einer Forderung ist es lediglich möglich, auf die Einbringlichkeit dieser letzteren einzuwirken, dergestalt, daß sie verbessert oder verschlechtert wird. Den Grundsatz, daß der Untergang des empfangenen Gegenstandes das sonst zulässige Rücktrittsrecht an sich nicht aufhebe, hat das römische Recht bei der actio redhibitoria ausgebildet. Das entspricht auch der Wandlungsklage des gemeinen Rechts.[58]) Abweichend hiervon regeln die Sachlage das ALR. 5 I § 327, 328 und der C. C. Art. 1647.

Nach geltendem Recht ist zunächst zu sagen, daß gemäß § 350 eine zufällige Einwirkung auf den empfangenen Gegenstand keinerlei Veränderung nach sich zieht. Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist. Ueber den Untergang des vom Rücktrittberechtigten gegebenen Gegenstandes sagt § 350 nichts, es scheint aber sachgemäß, den Rücktritt auch hier zuzulassen.[59]) Weiter bezieht sich diese Bestimmung in erster Linie auf den Untergang des empfangenen Gegenstandes. Man muß ihn wohl aber auch auf den

---

[58]) Dernburg, Pandekten II, § 101 c.

[59]) Oertmann zu § 350, 1 b.

Fall des teilweisen Unterganges oder einer Verschlechterung beziehen.[60] § 350 entspricht also der Regelung des gemeinen Rechts, während das ALR. und der C. C. einer abweichenden Ansicht Raum geben.

Andererseits wird der Rücktritt durch § 351 dann ausgeschlossen, wenn eine wesentliche Verschlechterung, der Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes vom Berechtigten verschuldet ist. Eine Verschlechterung muß den Gegenstand des betr. Geschäftes selbst treffen. Bei körperlichen Sachen muß es sich um eine die Brauchbarkeit der Sache beeinträchtigende Aenderung selbst handeln. Also wenn beispielsweise auf die Uhr so eingewirkt wird, daß sie nicht mehr geht oder nicht richtig geht. Bei nicht körperlichen Gegenständen ist ein solches Handeln nur insofern denkbar, als z. B. bei einer zurückzuübertragenden Forderung die Einbringlichkeit dieser Forderung verschlechtert wird.

Was Untergang der Sache und Unmöglichkeit der Herausgabe ist, ergibt sich aus dem allgemeinen juristischen Begriff der Unmöglichkeit.[61] Das BGB. spricht einmal von der „Unmöglichkeit der Leistung" und sodann von „dem Unvermögen des Schuldners zur Leistung". Eine nähere Erklärung gibt das Gesetz selbst nicht. Aus der Wahl der Ausdrücke aber folgt an sich nur soviel, daß bei dem letzteren Begriffe die Person des Schuldners von besonderer Bedeutung sein muß. Denn bei ihm ist die Beziehung des Mangels zum Schuldner ausdrücklich hervorgehoben, während bei dem ersten Begriffe, der Unmöglichkeit, ein solcher Hinweis fehlt.[62] Die Motive zu dem Entwurf erster Lesung, welcher die gedachten Begriffe bereits in seinem § 237 enthält, begnügen sich in dieser Beziehung mit der Bemerkung:[63] „Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit . . . Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber." Es erhebt sich also die Frage, ob die anderweitige Unmöglichkeit des § 351 nur die objektive Unmöglichkeit oder auch die subjektive Unmöglichkeit umfaßt, welch letztere das Gesetz richtiger als Unvermögen des Schuldners zur Leistung bezeichnet.

Die Beantwortung dieser Frage ist in der Literatur bestritten. Staudinger[64] behauptet, daß hier das Unvermögen der Unmöglichkeit gleichstehe mit folgender Begründung. Wie oben bereits dargetan, ist der Empfänger des in Frage stehenden Gegenstandes schon jetzt unbedingt berechtigt etc., weil ja vor der Ausübung des Rücktrittsrechts ein Schuldverhältnis auf Rückgewährung nicht besteht. Aber

---

[60]) Staudinger zu § 350, 2; RGR. K. zu § 350, 1.
[61]) Staudinger zu § 351, 1.
[62]) Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen S. 3.
[63]) Motive 2/44, 45.
[64]) Zu § 351, 1.

das OLG. Hamburg[65]) meint: „Die Sachlage ist gleichwohl so zu beurteilen, als ob der Rücktrittsberechtigte vertraglich zur sorgfältigen Behandlung des Gegenstandes verpflichtet wäre." Daraus schließt Staudinger, daß ein etwa eintretendes Unvermögen ein nachträgliches Unvermögen sei, das als solches der nachträglichen Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 2 gleichstehe. Also sei beides ein und dasselbe.

Sternberg,[66]) der zum selben Ergebnis kommt, geht einen anderen Weg. In erster Linie — so argumentiert er — folge dies Ergebnis aus § 353. Es kann nicht angenommen werden, daß der Berechtigte nur dann das Recht zum Rücktritt verlieren soll, wenn er die Rückgabe des empfangenen Gegenstandes objektiv unmöglich macht, während es ihm nicht schaden soll, wenn er ohne die Herausgabe objektiv unmöglich zu machen, sich schuldhaft zur Herausgabe außer Stand setzt. Fernerhin bleibe zu erwägen, daß der Schuldner, dem die Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes unmöglich wird, infolge einer Verweisung nach § 989 haftet. Nach diesem Paragraphen ist der Besitzer vom Eintritte der Rechtsabhängigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Hieraus ergebe sich die notwendige Folgerung, daß das Gesetz überall da, wo es von anderweitiger oder aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit spricht, nicht nur die objektive Unmöglichkeit sondern auch das Unvermögen des Schuldners zur Leistung treffen wolle.

Wenn Siegel[67]) ausführt, der Begriff der anderweitigen Unmöglichkeit stehe im § 351 neben objektiven Unmöglichkeitsfällen wie Verschlechterung, Untergang, und daß das Gesetz sonst mit peinlicher Genauigkeit die Unmöglichkeit und das Unvermögen auseinanderhält, so ist ihm Sternberg zu entgegnen: „Dadurch, daß in den betr. Vorschriften die anderweitige oder aus einem anderen Grunde eintretende Unmöglichkeit neben dem Untergange der Sache — der Ursache der objektiven Unmöglichkeit — erwähnt wird, ist mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß an den fraglichen Stellen beide Fälle der Unmöglichkeit bezeichnet werden sollen."[68])

Es sind somit durch diese Auslegung tatsächliche Einwirkungen im weitesten Maße getroffen. Die hierdurch hervorgerufene dauernde Nichterfüllung wird aber nicht allein den Maßstab für den Erwerb und Verlust der Rechte bilden dürfen. Es ist durch die Billigkeit geboten, daß neben diesem objektiven Tatbestand der dauernden

[65]) In Recht Nr. 985.

[66]) Sternberg in J. W. 06/263.

[67]) In J. W. 06/802.

[68]) Für Gleichsetzung von Unvermögen und Unmöglichkeit auch RGR. K. zu § 351, 1; Warneyer zu § 351, 3; Oertmann zu § 351, 7.

Nichterfüllung auch das subjektive Moment des Verschuldens Berücksichtigung findet. Die geschilderten tatsächlichen Einwirkungen machen, da hierdurch die Aussicht auf eventuelle Naturalerfüllung nunmehr entfällt, eine endgültige Erledigung der Rechtsbeziehung notwendig. Daher rufen sie naturgemäß stärkere Wirkungen zu Ungunsten dessen, der sie verursacht hat, hervor.

Deshalb ist unabsichtlich die Frage zu stellen, ob es sich um verschuldete oder unverschuldete Einwirkungen handelt. Dem trägt auch das Gesetz Rechnung, wenn es im § 351 als Grundsatz aufstellt, daß eine durch den Berechtigten verschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes den Rücktritt ausschließen soll. Der Begriff des Verschuldens bereitet hier allerdings einige Denkschwierigkeiten. Der Ausdruck Verschulden umfaßt Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dieses Verschulden „ist ein Willensfehler, vermöge dessen eine Person für ein Unrecht verantwortlich gemacht werden kann". [69] Und zwar besteht dieser Willensfehler darin, daß sie gehandelt hat, obwohl sie die schlimmen Folgen für eine fremde Person oder eine fremde Sache hätte bedenken und sich dadurch von der Tat hätte abhalten lassen sollen. Das technische Verschulden richtet sich demnach immer nur gegen fremde Werte.

Nun haben wir oben erläutert, daß für den Berechtigten solange der Rücktritt nicht erklärt ist, eine Herausgabepflicht nicht bestehe. Er ist ja auch gleich mit Empfang Eigentümer usw. Es mangelt also an einem fremden Objekt. Oertmann [70] meint, man müsse „jede freie, imputable nicht durch die Verhältnisse geboten oder gestattete Handlung" darin einbeziehen. Die Grenzen enger ziehend sagt Kisch [71] „eine Schuld in diesem Sinne liegt nur vor, wenn bei Vornahme der angeführten Handlungen der Rücktrittsgrund bereits eingetreten und dem Gläubiger bekannt ist, oder wenn er wenigstens vorausgesehen werden kann". Durch die Vornahme dieser schädigenden Handlungen erwächst in erster Linie dem Verursachenden selbst ein Nachteil. Von Verschulden des Geschädigten ist daher nur im uneigentlichen Sinne die Rede, genau wie im Falle des § 254. Sobald der Rücktrittsberechtigte, der den Untergang verursacht hat, den Rücktritt erklären will, greift sein früheres Verhalten hinsichtlich des empfangenen Gegenstandes in die Rechtssphäre seines Vertragsgegners ein. Insofern wird allerdings auch dem anderen Teil Schaden zugefügt. Der Begriff des Verschuldens ist also der technische des § 276. [72]

Weiter gehört in diesen Zusammenhang der Fall, daß der Rücktrittsberechtigte den empfangenen Gegenstand oder wenigstens einen erheblichen Teil desselben zu einer andersartigen Sache umgearbeitet

[69] Enneccerus I 1 § 196 I.
[70] Zu § 351, 1.
[71] Unmöglichkeit Seite 141.
[72] Staudinger zu § 351, 2; F. Leonhard Schuldrecht § 203.

hat (§ 352). Freilich bleibt zu bemerken, daß bei der Wandlung § 476 Satz 1 Halbsatz 2 bestimmt: Im Falle des § 352 ist jedoch die Wandlung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Wert der Bearbeitung braucht den des Stoffes nicht wesentlich zu übersteigen. Doch muß die Wiederherstellung des ursprünglichen Gegenstandes nicht mehr möglich sein. Es ist eine Umgestaltung wohl auch gleichzusetzen, wenn auf die empfangenen Sachen so umfangreiche Verwendungen gemacht sind, daß ihr Ersatz billigerweise nicht zugemutet werden kann.[73] Ein Verschulden ist hier nicht vorausgesetzt.[74] Wird man dieses Ergebnis auch auf das Tun von Gehilfen und Vertretern Anwendung finden lassen? Oertmann[75] sagt, § 352 enthalte durch das Abstandnehmen von jedem subjektiven Moment eine solche Verschärfung, daß es vielmehr gegenüber einer Verarbeitung durch Hilfspersonen beim Grundsatz des § 351 verbleiben müsse. Nur wenn schuldhaft in diesem Sinne gehandelt ist, sei der Rücktritt ausgeschlossen.

Wir kommen im weiteren Verlaufe der Abhandlung jetzt zu der Frage, ob der Rücktrittsberechtigte wenigstens rechtlich auf den empfangenen Gegenstand beliebig einwirken kann. Eine solche rechtliche Einwirkung wird sich regelmäßig im Wege einer Verfügung über Sache oder Recht äußern. Beispielsweise veräußert der erste Empfänger B. die ihm verkaufte Uhr weiter an den Zweitkäufer C. Es soll also im folgenden die Aufgabe sein, die Folgen festzustellen die für den zum Rücktritt Berechtigten durch die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes entstehen. Zu einer Beantwortung dieser Frage kann man indessen nur kommen, wenn man die aus § 351 gewonnenen Erkenntnisse mit der Auslegung des § 353 in richtige Beziehung setzt. Zunächst bleibt aber festzustellen, wie sich die Quellen und die Entwicklungsgeschichte des BGB. zu dieser Frage verhalten.

In l. 47 pr. Dig. de aed. ed. 21, 1 wird von der Freilassung eines gekauften Sklaven gesagt: „Si hominem emtum manumisisti et redhibitoriam et quanti minoris denegandam tibi". Der Grund der Versagung der actio aestimatoria quanti minoris im Falle der Freilassung ist in der Erwägung zu finden, daß (nach l. 7. Dig. de his qui effudere 9, 5) „liberum corpus nullam recipit aestimationem".[76] Diese Erwägung kann aber auf den Weiterverkauf gekaufter Sachen keine Anwendung finden. Es ist daher aus einer solchen Weiterveräußerung allein nicht die Absicht zu entnehmen, etwa auf den Preisminderungs- oder Wandlungsanspruch zu verzichten, oder daß diese Ansprüche durch den Weiterverkauf verloren gehen. Was von dem Wandlungs-

[73]) Seufferts Arch. 48 Nr. 15.
[74]) Oertmann zu § 352, 1; Staudinger zu § 352, 1 a.
[75]) A. a. O. Bemerkung 3.
[76]) Eck, Festgabe für Beseler, Seite 172 f.

anspruch gilt, gilt auch vom Rücktritt, weil beide im wesentlichen gleicher Behandlung unterliegen. Aus den Quellen ergibt sich daher, daß eine bloße Veräußerung den Rücktritt nicht ausschließt.

Auch bei den Beratungen zum Entwurfe des BGB. bildete diese Frage den Gegenstand mancher Diskussionen. Schon § 130 des ersten Entwurfes ließ den Rücktritt nicht durch die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes an sich ausgeschlossen werden, sondern erst dadurch, daß der Berechtigte ihn deswegen nicht zurückgeben kann, weil er über ihn verfügt hat. Auch der Entwurf II bestätigt zunächst diese Auffassung. Wie aus den Protokollen [77]) ersichtlich, wurde später ein Antrag gestellt dahingehend, daß die Bestimmung aufgenommen werden sollte, das Rücktrittsrecht durch Veräußerung ausgeschlossen werden zu lassen. Dieser Antrag wurde aber in den weiteren Beratungen abgelehnt. Es sei der Gedanke maßgebend, daß die Unmöglichkeit der Herausgabe sich erst in dem Augenblick entscheidet, wo die Rückgewähr zu vollziehen ist. Bis dahin bleibe nach wie vor die Möglichkeit bestehen, sich die Sache von dem gegenwärtigen Besitzer wieder zu verschaffen. Das Ergebnis war ein § 349. Dieser entspricht dem heutigen § 354 BGB. Hiermit sollte lediglich der Zeitpunkt fixiert werden, „wann die für den Ausschluß des Rücktritts zur Voraussetzung gemachte Unmöglichkeit der Rückgewährung als vorliegend anzusehen sei„ [78]) Es ergibt sich somit, daß eine rechtsgeschäftliche Verfügung über den empfangenen Gegenstand dem Berechtigten keineswegs die Befugnis zum Rücktritt an sich nimmt.

Die Entscheidung nach dem geltenden Gesetz läßt sich wie gesagt nur auf Grund eines Vergleiches von § 353 und § 351 erbringen. Wir müssen daher zunächst kurz auf die Behandlung des § 353 eingehen.

Dadurch, daß der Gläubiger den empfangenen Gegenstand ganz oder jedenfalls zu einem erheblichen Teile veräußert oder mit Rechten anderer dritter Personen belastet, wird der Rücktritt an sich noch nicht ausgeschlossen. Dies ist vielmehr erst dann der Fall, wenn der betreffende Dritte die Sache in Besitz genommen hat und wenn in seiner Person die oben dargelegten Voraussetzungen der §§ 351, 352 — also Umarbeitung, schuldhafte Zerstörung oder wesentliche Verschlechterung — eingetreten sind. Ein Verschulden dieses Dritten wird nur dann gegeben sein, wenn er dem Gläubiger gegenüber, sei es nun auf Grund besonderer Vereinbarung, sei es auf Grund des gegenwärtig vorliegenden Rechtsverhältnisses — er hat beispielsweise ein dingliches Recht — zur Aufbewahrung verpflichtet ist. Einer solchen Verfügung des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§§ 353, Abs. 2).

---

[77]) Prot. 6/160 f.

[78]) Prot. 6/384.

Aus dieser Regelung geht zunächst einmal nur hervor, daß eine Weiterveräußerung dem Rücktritt nicht unbedingt entgegensteht. Andererseits hat man nun behauptet,[79]) daß der Rücktritt immer dann zulässig sein soll, wenn bei dem Zweiterwerber nicht die Voraussetzungen der §§ 351, 352 eingetreten sind. Es kann dem in diesem weiten Ausmaß nicht zugestimmt werden. Man übersieht hier den Umstand, daß die Veräußerung des Gegenstandes nicht immer das Unvermögen des Schuldners zur Leistung zur Folge hat. Ist es doch denkbar, daß der B. die von A. gekaufte Uhr dem C. weiterveräußert unter der Bedingung, daß C. ihm für den Fall der Ausübung des Rücktrittsrechts zur Rückübertragung und Rückverschaffeng verpflichtet bleiben soll. Dann ist es doch klar, daß von einem Unvermögen trotz Weiterveräußerung nicht die Rede sein kann. Fehlt dagegen die Abmachung, so besteht für C. keine Verpflichtung. Ist C. darüber hinaus auch nicht zur Rückübertragung freiwillig bereit, so haben wir es dann mit einem Fall des Unvermögens zu tun. Uebrigens ist ein solcher Fall auch dann vorhanden, wenn der fragliche Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung in den Besitz derjenigen Person gelangt ist, der gegenüber der Rücktritt ausgeübt werden soll.[80]) Jetzt ist an der Zeit, unter Berücksichtigung der Tatsachen, daß die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes nicht immer die Unmöglichkeit der Herausgabe herbeiführt, die richtige Beziehung von § 353 zu § 351 zu finden.

§ 353 dehnt die Haftung, die den Berechtigten nach § 351 trifft, auf diejenigen Personen aus, an die er den empfangenen Gegenstand veräußert, sofern durch ihr Verschulden die Unmöglichkeit der Herausgabe veranlaßt ist. Es ist hierbei klar, daß die Unmöglichkeit nicht schon mit der Veräußerung eingetreten sein darf. Denn dann kann § 353 keine Anwendung mehr finden. Etwas Unmögliches kann nicht noch den Gegenstand der Regelung des § 353 bilden. Das ist logisch nicht denkbar. Als einzige Möglichkeit eines Erklärungsversuches bleibt nur noch, daß § 353 den § 351 nur in gewisser Weise ergänzen will. Deshalb beschränkt er sich in seiner Anwendung auf diejenigen Fälle, in denen trotz Veräußerung der Berechtigte zur Herausgabe imstande bleibt.

Auch das RG. kommt zu demselben Ergebnis. Anfangs sagte es in 50/190, der Rücktritt werde deshalb für unzulässig erachtet, weil feststehe, daß der Rücktritt wenigstens nach § 354 unwirksam würde, da der Berechtigte ja doch nicht imstande sein werde, sich die veräußerten Gegenstände wieder zu verschaffen. Späterhin hat es in 54/219 als Leitgedanken anerkannt, „daß die Veräußerung der Sache, die insbesondere aus § 353 hervorgeht, keineswegs immer die Unmöglichkeit der Rückgabe herbeiführt." In 102/314 heißt es: „Das RG. hat aber stets den Standpunkt vertreten, daß abgesehen vom

[79]) Oertmann zu § 353, 1.
[80]) RG. 52/95.

Falle der Unmöglichkeit der Herausgabe, dem Wandlungsbegehren auch dann nicht zu entsprechen sei, wenn feststehe, daß Käufer die von ihm weiter veräußerte Sache nicht wieder zu erlangen und eben deshalb nicht wieder zurückerstatten vermöge."

§ 351 kommt zur Anwendung für die Fälle, in denen schon durch die Veräußerung des empfangenen Gegenstandes die Unmöglichkeit der Herausgabe herbeigeführt worden ist. Die Zulässigkeit des Rücktritts hängt also davon ab, ob der Berechtigte sie zu vertreten hat oder nicht. Dies ist im Einzelfalle zu prüfen.[81]) Es ist nicht etwa die Unzulässigkeit des Rücktritts unabhängig davon, ob der Berechtigte schuldhaft oder nicht schuldhaft gehandelt hat, anzunehmen.[82]) Das Kammergericht erklärt seinen Standpunkt hierzu wie folgt.[83]) Der Kläger hatte vom Beklagten ein Milchgeschäft gekauft und verlangt nun Wandlung. „Ihr steht entgegen, daß Kläger das Geschäft weiter verkauft hat, und nach eigener Angabe zur Rückgabe außer Stande ist. Die Weiterveräußerung im Laufe des Rechtsstreits ohne Aufnahme einer Verpflichtung in dem neuen Kaufvertrag, daß eventuell Rückgabe erfolgen müsse, muß als ein Verschulden im Sinne des § 351 angesehen werden."

Nachdem wir nun festgestellt haben, daß die Beteiligten schon während der Schwebezeit eine gewisse Bindung ergreift, wollen wir nun auch kurz noch die weiteren Wirkungen betrachten. Kann nämlich der Rücktrittsberechtigte seiner Verpflichtung zur Rückgewähr nicht nachkommen, sei es daß mit seinem Zutun, sei es, daß ohne sein Zutun der Gegenstand überhaupt nicht geleistet werden kann, oder doch nicht so, wie er ihn empfangen hatte, so bestimmt § 347 die Folgen.

Die Bestimmung des § 347 sagt, daß der zur Herausgabe Verpflichtete auf Schadenersatz haftet nach den Regeln, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer vom Eintritte des Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruches an gelten, wenn die Herausgabe wegen Verschlechterung, Unterganges oder eines anderen Grundes unmöglich ist und dieser Umstand vom Verpflichteten zu vertreten ist. Allerdings dies „bestimmt sich im Falle des Rücktritts". Dieser muß also bereits erklärt sein. Trotzdem rechtfertigt sich die Behandlung des § 347 in diesem Zusammenhange, wenn man bedenkt, auf welche Erwägung § 347 sich gründet.

Wie der gutgläubige Besitzer und jeder, der zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, von der Rechtsabhängigkeit ab mit seinem Unterliegen im Prozesse zu rechnen hat (§§ 292, 818 Abs. 4), so muß hier der Empfänger von vornherein mit der Möglichkeit eines Rücktritts des Gebers rechnen.[84]) Er muß deshalb den

---

[81]) RG. 56/258.
[82]) Sternberg, J. W. 06/623; dagegen Siegel, J. W. 06/802.
[83]) In OLG. E. 28/165.
[84]) Mot. 2/282.

Gegenstand so behandeln, daß er ihn im Falle der Ausübung zurückgeben kann. „Deshalb verordnet das Gesetz, daß auch eine in der Zeit zwischen Empfang der Leistung und der Ausübung des Rücktrittsrechts vom Verpflichteten begangene schuldhafte Handlung diesen zum Schadensersatz verpflichtet.“ [85]) Also auch wenn der verpflichtende Umstand schon vor der Ausübung aber nach Empfang der Leistung eingetreten ist.

Die Haftung regelt sich infolge indirekter Verweisung nach den §§ 989, 994 ff. Das muß sowohl für denjenigen, dem gegenüber der Rücktritt erklärt wurde, als auch für denjenigen, der ihn erklärt hat, gelten. In diesem Ergebnis sind sich alle einig, [86]) teils mit eingehender Begründung, teils mit der stillschweigenden Annahme, daß dies selbstverständlich sei, teils auch unter ausdrücklicher Erwähnung ohne Angabe von Gründen. Der Rücktrittsverpflichtete würde ja auch ungerechtfertigter Weise schlechter gestellt, als der Berechtigte, wenn man § 347 nicht auf die Rückgewährspflicht des Rücktrittsberechtigten Anwendung finden ließe. Dann wäre dem Rücktrittsverpflichteten die Geltendmachung eines Schadensersatzes dem Rücktrittberechtigten gegenüber versagt.

§ 347 redet nur vom Untergang oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit. Es läßt sich daher nicht so ohne weiteres aus dem Wortlaut schließen, daß ein Ersatzanspruch auch wegen Unvermögens gegeben ist. Dies folgt vielmehr erst aus § 989 — auf den ist verwiesen. Denn „der Besitzer ist von dem Eintritte der Rechtshändigkeit an dem Eigentümer für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß . . . aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann.“ [87]) Es ist hier nicht vorausgesetzt, daß die Rückgewähr des ganzen Gegenstandes unmöglich sei. Genügend ist es auch, daß die Unmöglichkeit oder das Unvermögen sich nur auf einen Teil erstreckt. Ferner werden nicht nur wesentliche sondern auch unwesentliche Verschlechterungen erfaßt.

Die Schadensersatzpflicht aus § 347 setzt ein Verschulden voraus, da nach dem maßgebenden § 989 der Besitzer von dem Eigentümer nur bei Vorliegen eines Verschuldens auf Schadensersatz belangt werden kann. Das Verschulden ist ganz im Sinne von § 276 zu beurteilen, auch wenn der vertragliche Haftungsmaßstab ein milderer ist. [88]) Es gehört dazu auch Kenntnis bezw. fahrlässige Unkenntnis von der Rückgabepflicht. Weiß der Rücktrittsberechtigte ohne seine Schuld nichts von dem Rücktrittsvorbehalt, so liegt infolge Fehlens dieser Kenntnis ein Verschulden nicht vor, ebenso wenig wie der Erbe des Besitzers, der ohne seine Schuld nichts von der Rechtshängigkeit

[85]) Staudinger zu § 347 I 1; Planck zu § 347, 1.

[86]) Oertmann zu § 347, 4; Planck zu § 347, 1; Staudinger zu § 351, 1; Warneyer zu § 347; Rehbein S. 252.

[87]) Vgl. auch Planck zu § 351, 1 a.

[88]) Planck zu § 347, 1.

weiß. Es kann die Feststellung, ob im konkreten Falle ein Verschulden gegeben ist oder nicht, mitunter großen Schwierigkeiten begegnen. So hat Scholmeyer [89]) versucht, diesen Schwierigkeiten dadurch zu begegnen, daß er in den Fällen der Veräußerung eine Regel für das Vorhandensein aufstellt. Zwar redet er nur von der Wandlung, dasselbe muß aber auch vom Rücktrittsrecht gelten. Er behauptet, die bloße Tatsache der Weiterveräußerung des zurückzugebenden Gegenstandes nach Ausübung des Rücktritts durch den Rücktrittsberechtigten bilde einen solchen Verstoß. Es ist dem jedoch nicht zu folgen. Vielmehr muß die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, in jedem Falle einzeln geprüft werden. Dies wird auch für die Zwangsvollstreckung zu gelten haben. Beispielsweise wird der Mangel an Zahlungsmitteln, dem die Zwangsvollstreckung folgt, nicht immer als ein solcher vom Rücktrittsberechtigten zu vertretender Umstand angesehen werden können, denn selbst bei der besten Wirtschaft können äußere Umstände einen solchen Mangel hervorrufen, wie die heutigen Verhältnisse deutlich beweisen.

Dem Rücktrittsverpflichteten steht neben § 347 noch die Möglichkeit offen im Wege des § 354 vorzugehen. Nun kann man sehr geteilter Meinung sein, ob dies der richtige Ort ist, die Behandlung des § 354 in Angriff zu nehmen. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor Fristablauf erfolgt. Die Rücktrittserklärung ist demnach bereits abgegeben. Diese Bestimmung gibt lediglich die Möglichkeit, die bereits eingetretene Wirkung des Rücktritts wieder zu beseitigen. Trotzdem glauben wir hiervon im Rahmen der Betrachtung über die Schwebezeit handeln zu dürfen. Einmal, weil ja an der endgültigen Regelung noch immer die endgültige Rückleistung fehlt, sodaß man es in gewisser Weise mit dem Zustand während der Schwebezeit vergleichen kann. Sodann wird es oft Tatbestände geben, wo der Grund des Verzuges schon vor der Erklärung des Rücktritts liegt.

Die Aufnahme dieser Vorschrift ist von der zweiten Kommission beschlossen worden. Die Regelung ist ähnlich der des § 326. Der Gegner kann nämlich dem Berechtigten für die Rückgewähr eine angemessene Frist mit der Erklärung setzen, daß er die Annahme nach Fristablauf verweigere. Es müssen aber die Voraussetzungen des Verzuges gegeben sein, damit § 354 zur Hebung kommt. Diese sind Fälligkeit der Forderung, das vom Schuldner zu vertretende Ausbleiben der Leistung, und endlich abgesehen von § 284 Abs. 2 Mahnung seitens des Gläubigers (§§ 284, 285). Einer der häufigsten Fälle wird der sein, daß der Rücktrittsberechtigte den empfangenen Gegenstand veräußert hat. Hat sich der Berechtigte durch diese Veräußerung außer Stande gesetzt, den Gegenstand zurück zu erwerben, so findet § 351 Anwendung. Trifft dieses aber nicht zu, so liegt Verzug dann vor, wenn ein dritter Erwerber den Gegenstand nicht zur rechten Zeit

[89]) Schuldrecht S. 35.

zurückgibt. Diese Verzögerung hat der Berechtigte immer zu vertreten, weil sie eine Folge der von ihm selbst vorgenommenen Veräußerung ist.[90]) Dieselbe Lage ergibt sich dann, wenn der Dritte die Herausgabe verweigert, obgleich er dazu verpflichtet ist.[91]) Ueberall greift der Schutz des § 354 ein. Auch bei der Abstoßung einer Belastung ist Verzug denkbar. Zwar ist dies nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt, im Gegensatz zum ersten Entwurf § 430 Ziff. 2 und dem zweiten Entwurf § 303 Satz 1. Dennoch ist durch erweiternde Auslegung der Worte ‚eines erheblichen Teiles' zu helfen, wenn es sich um eine wesentliche Belastung handelt.[92]) Für eine nicht erhebliche Belastung, z. B. mit geringfügiger Hypothek, ist nur wie für eine unerhebliche Verschlechterung Schadensersatz nach § 347 zu leisten. Kann sie überhaupt nicht beseitigt werden, so ist ein Fall des § 351 gegeben.

Endlich bleibt zu bemerken, daß § 354 auch Anwendung findet, wenn der Berechtigte unvermögend zur Rückgewähr ist.[93])

Wie wir sehen, hat die Einräumung des Rücktrittsrechts schon von Anfang an Einfluß auf die Gestaltung des Vertrages. Die Vertragsparteien sind keineswegs unbeengt in ihren Entschlüssen, soweit es sich un den dem Rechtsgeschäfte zugrundeliegende Gegenstand handelt.

Wenn wir kurz zurückblicken auf die vom Gesetz getroffene Regelung des Schwebezustandes, so ergibt sich dreierlei, was uns von Wichtigkeit erscheint. Es liegt einmal durchaus nicht im freien Ermessen, wieweit in tatsächlicher Hinsicht auf den Gegenstand eingewirkt werden kann. Sodann sind auch der rechtlichen Einwirkungsmöglichkeit Schranken gesetzt. Eine Veräußerung ohne Wiedererlangungsmöglichkeit erzeugt Folgen nach § 351. Aber auch eine solche mit der Gelegenheit, den Gegenstand zurück zu erlangen, ist nicht gefahrlos; denn wenn der Gegner trotz seiner Verpflichtung nicht will, so liegt unter Umständen ein Verzug im Sinne des § 354 vor. Endlich ergibt sich, daß die §§ 347, 351, 353, 354 ein Verschulden voraussetzen. Der Umstand, daß ein solches im § 352 nicht erforderlich ist, erklärt sich daraus, daß diese Bestimmung eine Ausnahme von dem Prinzip der §§ 351 ff. ist.[94])

§ 10: Ausübung des Rücktrittsrechts.

Was die Ausübung des Rücktrittsrechts anbelangt, so bestimmt § 349:

---

[90]) Enneccerus I 2 § 263 III Anm. 13.

[91]) Anderer Meinung Schollmeyer zu § 354, 2 a.

[92]) Staudinger zu § 354, 1 b. Schollmeyer zu § 354, 2 b kennt keinen Unterschied zwischen erheblichen und unerheblichen Belastungen.

[93]) Planck zu § 354, 2 b.

[94]) Oertmann zu § 352, 3.

Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile.

Das Rücktrittsrecht wird also ausgeübt durch die formlose empfangsbedürftige Erklärung des Berechtigten, daß er vom Vertrage zurücktrete. Es bedarf also keiner Klage. Wie ein solcher Willensausdruck erklärt werden muß, darüber sagt das Gesetz nichts. Es kommen dabei aber nur die allgemeinen Vorschriften über die Willenserklärungen zur Anwendung.

Die Rücktrittsbewegung ist einseitig, unterscheidet sich also darin von der Vertragsaufhebung durch mutuus dissensus. Die Motive [95]) bemerken hierzu: „Die Rücktrittserklärung ist ein einseitiges, in seiner Wirkung von der Annahme des Schuldners unabhängiges Rechtsgeschäft." Hierin stimmt das BGB. mit dem gemeinen Recht überein. In einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts vom 5. Juni 1877 [96]) heißt es darüber: „Bei einer derartigen Vertragsbestimmung — wie der lex commissoria — geht der Wille der Vertragsschließenden dahin, daß es lediglich dem Belieben des Gläubigers überlassen bleibt, sich vom Vertrag loszusagen oder auf Erfüllung desselben zu bestehen. Demgemäß ist die vom Gläubiger getroffene Wahl nicht erst dann, wenn die Annahme des Schuldners hinzugetreten ist, sondern sogleich mit der Abgabe der Willenserklärung unabänderlich."

Ein Widerruf der Rücktrittserklärung ist unstatthaft. In § 426 des ersten Entwurfs und § 300 des zweiten Entwurfs war dieser Umstand ausdrücklich erwähnt, im BGB. ist es aber nicht ausgesprochen. Die Ansicht des Gesetzes ergibt sich jedoch aus den Materialien. [97]) „Einmal abgegeben ist die Erklärung des Rücktritts unwiderruflich im Interesse des anderen Teils, welcher sich auf Rücktrittserklärung muß verlassen können." Der Rücktritt ist ein Recht. Als solches kann derjenige, dem es zusteht, es jederzeit, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, ausüben; er braucht es aber keineswegs. Es ergibt sich, daß der Rücktritt kein Anspruch ist, d. h. das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194). Deshalb ist die Rücktrittserklärung nicht den relativen Rechten zuzurechnen. Andererseits kann man aber das Rücktrittsrecht auch nicht zur Gruppe der absoluten Rechte zählen — d. h. Rechten, die eine nicht auf eine bestimmte Person sich beziehende Herrschaft über ein Rechtsobjekt geben. Beschränkt man nun den Begriff der subjektiven Rechte auf diese beiden Arten von Anspruchsrechten, so fällt das Rücktrittsrecht nicht unter diesen Begriff. Allein es gibt noch eine dritte Art. Sie steht im Gegensatz zu den Anspruchsrechten, weil sie selbst weder Ansprüche erzeugt, wie bei den absoluten Rechten, noch selbst ein Anspruch ist, wie die relativen Rechte. Vielmehr

[95]) Mot. 2/280.

[96]) In Seufferts Arch. 33/225.

[97]) Motive 2/280.

besteht ihr Inhalt darin, daß ihr Träger berechtigt ist, durch seine eigene Handlung eine Rechtswirkung herbeizuführen. Oft muß allerdings zur Herbeiführung dieser gewollten Wirkungen noch ein Staatsakt hinzukommen. Dennoch fällt auch diese letztere Art von Rechten unter den Begriff der subjektiven Privatrechte, weil sie die Erfordernisse der subjektiven Rechte erfüllen. Von Seckel[98]) sind sie treffend als Gestaltungsrechte bezeichnet.[99]). Nach Kisch[100]) ist es „vielmehr eine ‚Befugnis' im eigentlichen Sinne, d. h. die Fähigkeit, durch bestimmte Handlungen subjektive Rechte aufzuheben oder zu begründen."

Jedenfalls folgt, daß diese Gestaltungserklärung bedingungsfeindlich ist[101]) und nicht verjährbar ist. Wohl aber verjähren die aus dem erklärten Rücktritt sich ergebenden Recht, auf Rückleistung und ebenso die Rechte, aus deren schuldhafter Nichterfüllung das Rücktrittsrecht entsteht. Die ersteren in der regelmäßigen Verjährungsfrist von 30 Jahren, die letzteren je nach der gesetzlichen Bestimmung. Ferner geht mit dem Uebergange des Schuldverhältnisses auf einen Rechtsnachfolger auch das Rücktrittsrecht über.

Mit der Unverjährlichkeit des Rücktrittsrechts würde nun der Schuldner völlig der Willkür des Berechtigten anheim gegeben werden. Dieser könnte z. B. sein Recht zum Schaden des Schuldners ausüben, davon aber solange abstehen, wie die Nichtausübung für ihn vorteilhafter ist. Mit Rücksicht hierauf hat das Gesetz den oben schon erläuterten § 355 aufgenommen. Es kann dahin verwiesen werden. Auch nach RG. 107/106 „ist die Ansicht, daß dem Beklagten ein etwaiges vertragliches Rücktrittsrecht zeitlich unangemessen zustand, nicht zu billigen. Das Gesetz hat weder für die Fälle der §§ 325, 326 noch im allgemeinen für den vertraglichen Rücktritt eine Frist bestimmt, binnen welcher das Recht zum Rücktritt ausgeübt werden müsse. Allein Treu und Glauben fordern, . . . daß für den Regelfall von dem Recht in angemessener Frist Gebrauch gemacht werde. Der Berechtigte darf den Gegner nicht allzu lange im Ungewissen lassen, ob er ihn am Vertrage festhalten will oder nicht . . . Wartet der Berechtigte Jahr und Tag mit der Erklärung, so wird sein Verhalten als Verzicht auf das vertragliche Rücktrittsrecht zu gelten haben."

Das Rücktrittsrecht kann, wenn auf der einen oder anderen Seite mehrere beim Vertrage beteiligt gewesen sind, nur von allen, bezw. gegen alle ausgeübt werden. (§ 356). Dies entspricht dem gemeinen Recht in so weit, als es sich um die mehreren Berech-

---

[98]) Gestaltungsrechte Seite 312.

[99]) Oertmann vor § 346, 3; Staudinger vor § 346 I 1 a; Enneccerus I 2 § 262 III.

[100]) Kisch, Unmöglichkeit Seite 136.

[101]) Staudinger zu § 349; Enneccerus I 1 § 263; Kisch, Unmöglichkeit Seite 137; Planck zu § 349 hält die Hinzufügung einer aufschiebenden Bedingung für durchaus zulässig.

tigten handelt, während jene gegenüber jedem von mehreren Verpflichteten anteilsweise am Platze war. Diese Unteilbarkeit des Rücktritts gilt, wenn die auf Grund des Vertrages geschuldeten Leistungen unteilbar sind. Darüber hinaus ist dies auch bei unteilbaren Leistungen anzunehmen.[102] Es ist nicht erforderlich, daß die Rücktrittserklärung gemeinschaftlich und gleichzeitig von allen Beteiligten abgegeben werde. Ob ein Gesamtschuldverhältnis, eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, oder eine einfache Schuldnermehrheit vorliegt, ist belanglos. Die Erklärung wird aber erst durch den letzten bezw. an ihn wirksam.

Ueber die Frage, wie das Erlöschen gegenüber einem der näheren Beteiligten wirkt, sagt § 356 nichts. Im Zweifel wird auch in diesem Falle die Einheitlichkeit gelten, also Erlöschen im ganzen.[103])

§ 11. Wirkungen des erklärten Rücktritts.

Geschichtlicher Ueberblick.

Die folgenden Abschnitte sollen nun der Erörterung gewidmet sein, welche Folgen sich an die Erklärung des Rücktritts knüpfen. Zum besseren Verständnis erscheint es dringend erforderlich, zunächst einmal in Kürze die Rechtslage darzustellen, wie sie sich in der Zeit vor dem BGB. gestaltet hatte. Sodann haben wir auf Grund der dort gewonnenen Erkenntnisse die Frage an Hand der Entwicklungsgeschichte des BGB. und der Regelung im Gesetze selbst eingehend zu erörtern und daraus unsere Schlüsse für die Ausgestaltung der Wirkungen des erklärten Rücktritts im modernen Rechte zu ziehen.

Es sind zwei Hauptfragen zu unterscheiden: wirkt der erklärte Rücktritt ex nunc oder ex tunc? Ist diese Wirkung dinglich oder obligatorisch?

Von jeher bildeten diese Fragen nach den Wirkungen des Rücktritts den Gegenstand lebhaften Meinungsaustausches. Im Vordergrunde dieses Streites standen und stehen auch heute noch die Beantwortung der Fragen, ob dingliche oder obligatorische Wirkung. Auch wir werden daher im folgenden unser Hauptaugenmerk auf die Entscheidung dieses Streites zu richten haben.

Wenn wir nun zunächst diese Streitfrage historisch betrachten, so finden wir, daß zur Zeit des gemeinen Rechts die überwiegende Meinung des Schrifttums für die dingliche Meinung eingetreten ist. Aber auch auf der Seite der Gegner findet man von den Zeiten der Glossatoren bis heutzutage eine Reihe namhafter Juristen. Die herrschende Ansicht geht dahin, daß nicht bloß der Vertrag mit Ausübung des Rücktritts gelöst werde, sondern daß auch jede rechtliche Wirkung rückgängig werde, welche auf Grund des Vertrages zu der

[102]) Planck zu § 356.

[103]) Staudinger zu § 356; RGR. K. zu § 356, 2. Warneyer zu § 356, 2; a. M. Matthias S. 112; Oertmann zu § 356, 3.

Zeit der Rücktrittserklärung bereits eingetreten ist. Namentlich müsse auch das Eigentum des Käufers mit der Ausübung des Rücktritts ipso jure zurückfallen, so als wäre es nie beim Käufer gewesen. Folgerichtigerweise müssen dann auch alle Rechte erlöschen, die der Käufer in der Zwischenzeit dritten Personen an der Sache eingeräumt hat. Erklärt also in dem von uns angeführten Beispiele der A. den Rücktritt, so müßte ohne weiteres Zutun der Parteien das Eigentum des Käufers B. an den Verkäufer A. zurückfallen. Auch im Falle der Weiterveräußerung der Uhr von B. an den Zweiterwerber C. müßte von letzterem ipso jure das Eigentum an Verkäufer A. fallen. Es handelt sich hier um die Durchbrechung eines im römischen Rechte mit Entschiedenheit festgehaltenen Prinzips, daß nämlich ein Eigentumsübergang lediglich auf Grund eines Vertrages verbunden mit einer Tradition oder einem Eigentum übertragenden Formalgeschäfte erfolgen könne. Deswegen ist es notwendig, diese Frage nach der dinglichen Wirkung der Rücktrittserklärung einer Untersuchung zu unterziehen.

Schon die Glosse hat es als auffällig empfunden, daß hier Eigentum ohne Tradition durch bloßen Vertrag übergehe. Späterhin waren die schärfsten und bedeutensten Gegner der dinglichen Natur Bartolus, Baldus, Cujatius und Faber. Im weiteren Verlaufe des Streites hat zuerst Thibaut[104] sich mit dieser Frage beschäftigt und sich für die dingliche Wirkung entschieden. Ihm sind gefolgt: Zimmern, Fritz, Windscheid, Karlowa, Jhering. Dem standen hauptsächlich Chyhlarz Adickes, Schulin gegenüber.

Gemeinsam ist allen Schriftstellern, die sich mit dieser Frage auseinander setzen eins: Sie behandeln dieselbe im Zusammenhang mit der Lehre von den Bedingungen und gehen dann auf die einzelnen Arten der Rückfallsklausel lex commissoria, in diem adictio, pactum displicentiae näher ein. Den Gegnern der dinglichen Wirkung fällt es vor allem auf, daß die Lehre von dem Rückfall des Eigentums den Grundsätzen, die für den Erwerb dieses Rechtes gelten, auf das entschiedenste widerspricht. Warum sollte ein solcher Nebenvertrag, als welcher sich das ausbedungene Rücktrittsrecht ja darstellt, eine Eigentum übertragende Wirkung haben, die sogar dem Hauptvertrag nicht eigen ist. Ein Nebenvertrag kann doch nicht mehr wert sein, als der Hauptvertrag. Da wo das Eigentum unter Lebenden übergeht, ist immer ein besonderer Uebertragungsakt erforderlich, z. B. ist dies mancipatio in jure cessio, traditio. Hier dagegen würde es schon infolge des mit der Eigentumsübertragung einhergehenden Vertrages sofort an den Verkäufer zurückfallen. Also muß die Erklärung lauten, daß eine eigentliche Rückübertragung des Eigentums beim erklärten Rücktritt garnicht stattfinde, sondern daß eben das Eigentum des Käufers zerfalle und das des Verkäufers wieder auflebe.

---

[104]) Arch. f. einheitl. Praxis 21/383.

Diesen Vorgang könnte man auf zweierlei Weise rechtfertigen, „entweder durch die Annahme eines modifizierten Eigentums auf Seiten des Käufers, welches gleich von Anfang an den Keim des Todes in sich trägt, oder dadurch, daß mit der Vernichtung des Kaufes als der causa der Eigentumsübertragung auch das darauf basierende Eigentum zerfallen müsse.“ [105] Beide Rechtfertigungsversuche sind aber abzulehnen. Der erste widerspricht der Natur des Eigentums. Das Eigentum sei immer das gleiche Eigentum. Durch den Umstand, daß es das eine Mal credendi causa, ein anderes Mal solvendi oder donandi causa übertragen werde, ändert sich der Inhalt und die Eigenart keineswegs. Entweder der Eigentumsübertragungswille genügt, oder er genügt nicht. Wenn er genügt, so geht wahres Eigentum über und nicht etwa ein besonders geartetes Eigentum. Zwar kann man das Eigentum durch Einfügung etwaiger dinglicher Rechte beschränken. Unmöglich kann man dagegen dem Privatwillen über den typischen Charakter von Rechtsverhältnissen Macht verleihen, das Wesen dieser Rechtsinstitute verändern, etwa ein schwächeres Eigentum schaffen.

Der andere Erklärungsversuch setzt eine enge Verbindung des dinglichen Geschäftes mit der causa voraus. Man muß aber das abstrakte Geschäft vom kausalen unterscheiden. Zwar ist es einwandfrei, daß jede Uebertragung des Eigentums eine causa voraussetzt, allerdings nur in dem Sinne, daß der Eigentumsübertragungswille, wie ja überhaupt jeder juristisch bedeutungsvolle Wille — ein Motiv, eine materielle Grundlage haben wird. Der Handelnde beabsichtigt einen Erfolg herbeizuführen: er will schenken, zahlen, kaufen. Dies sind also insofern die Gründe, die ihn zu der traditio verleitet haben. Jede andere Bedeutung ist diesen Geschäften für das Eigentum jedenfalls abzusprechen. Nicht die causa überträgt das Eigentum, sondern nur der Uebertragswille, dessen materielle Grundlage das Eigentum ist. Steht einmal fest, daß ein entsprechender Wille vorhanden ist, so geht zwingend Eigentum über ungeachtet, ob die Voraussetzungen, von denen der Uebertragende ausgegangen ist, unrichtig sind bezw. der Erfolg, den er beim Geschäft beabsichtigt, erreicht wird. Also ist die Gültigkeit der causa für den Uebergang des Eigentums prinzipiell bedeutungslos. Zwangsläufig folgt hieraus weiter, daß auch das spätere Ungültigwerden der causa für das Eigentum nicht von Bedeutung sein kann. „Diese nachträgliche Vernichtung des die causa bildenden Geschäfts kann nur eine obligatorische Wirkung haben, da das Eigentum jetzt sine causa beim Empfänger ist, eine dingliche, das Eigentum selbst abfixierende Wirkung hat sie dagegen nicht, weil durch sie die Existenz des Eigentumsübertragungswillens im Momente der Uebertragung nicht aufgehoben wird.“ [106]

Sehen wir nun zu, was den Standpunkt von der dinglichen Wirkung zu rechtfertigen vermag. In der Hauptsache ist es zweierlei.

[105] Czyhlarz S. 52; vgl. auch zu folgendem.
[106] Czyhlarz a. a. O.

1. Zur Stützung und Begründung der Lehre von der dinglichen Wirkung wird auf die Quellen verwiesen. Im römischen Recht war es nichts Außergewöhnliches, obligatorische Verträge mit dinglicher Wirkung auszustatten (Jhering in Jherings Jb. 10/387). Es ist zunächst der Anspruch der Ehefrau auf Rückgabe des fundus dotalis zu erwähnen. Dieser war seiner Entwicklung und seiner Form nach ein obligatorischer Anspruch (actio rei uxoriae). Diesem fundus wurde dingliche Wirkung beigelegt um die Frau besser zu schützen. Es wurde das durch das Veräußerungsverbot der Lex Julia erreicht, und dann durch die der Frau gewährte rei vindicatio geltend gemacht.

Ferner finden wir die mit dinglicher Wirkung ausgestatteten Nebenverträge, die die Römer beim Sklavenkauf liebten. Derartige Nebenverträge konnte der Verkäufer sowohl im eigenen Interesse hinzufügen (1. 1. Dig. de serv. exp. 18, 8), als auch im Interesse des Sklaven (1. 9. de serv. exp 18. 8). Um diesen Verträgen Geltung auch über den ersten Erwerber hinaus zu verschaffen — also dingliche Wirkung — wurde durch eine Klausel der Rückfall des Eigentums oder die Freiheit des betreffenden Sklaven ausbedungen. Durch Gesetz wurde bestimmt, daß, wenn die Freilassung des Sklaven vereinbart war, die Freiheit unmittelbar eintreten sollte wenn die Freiheit durch Vertrag verboten worden war, die Freiheit rechtlich unmöglich sein sollte, auch wenn der Erwerber der Vereinbarung entgegen handeln sollte.

2. Auch von den Vertretern der dinglichen Wirkung wird zugegeben, daß man durch einen bloßen Vertrag kein Eigentum erwerben könne. Ueberträgt A. auf B. sein Eigentum, so ist regelmäßig Tradition nötig, damit A. wieder Eigentümer wird. Man kann aber auch die Art des Eigentumsüberganges durch einen begleitenden Nebenvertrag abändern oder beschränken; also auch so, daß der Rückfall selbsttätig eintritt. Es kommt noch hinzu, daß die traditio zwar das Regelmäßige beim Eigentumserwerb ist, aber nicht in allen Fällen erforderlich ist. Dies beweisen die mancipatio und die in jure cessio, bei denen Besitzübertragung nicht vorgeschrieben war. Für das gemeine Recht ist somit die dingliche Wirkung dieser Klauseln zu bejahen.

§ 12:
Wirkung des erklärten Rücktritts im geltenden Recht.

Es ist nun unsere Aufgabe im folgenden festzustellen, welche Bedeutung und Wirkung im geltenden Recht sich an die Erklärungen des Rücktritts schließen.

Wenn oben gesagt wird, daß es sich hauptsächlich um zwei Fragen handele — nämlich ob dingliche oder obligatorische Wirkung, ob Ex tunc oder ex nunc — so ist das insofern ungenau, als sich noch ein drittes Problem hinzugesellt, das in der Literatur oft nicht genügend von den anderen geschieden wird. Es handelt sich näm-

lich auch darum, festzustellen, wie die Wirkungen auf das Schuldverhältnis sind, das auf dem Vertrage beruht, von dem zurückgetreten wird. M. a. W.: ob es weiter fortdauert, ob es sich verändert, ob es erlischt.

Schon die Entwicklungsgeschichte des § 346 läßt erkennen, daß man sich des Vorhandenseins dieser Frage bewußt war. § 427 Abs. 1 des ersten Entwurfs bestimmte eine indirekte obligatorische Wirkung. Die Vertragsschließenden wurden untereinander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Insbesondere konnte kein Teil eine nach dem Vertrage ihm gebührende Leistung in Anspruch nehmen. Jeder Teil war verpflichtet, dem anderen Teil die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Man wollte mit dieser Gestaltung dem Rechtszustande, wie er sich im gemeinen Recht dargestellt hatte, entgegentreten.

Die Materialien (Mot. 2/281) führen hierzu folgendes aus: „Durch die Rücktrittserklärung unmittelbar wird für beide Teile eine selbständige Einrede gegen den Anspruch aus dem Vertrage und der persönliche Anspruch und die persönliche Verpflichtung auf Rückversetzung in die Lage begründet, als ob der Vertrag garnicht geschlossen wäre. Spätere Beratungen änderten den Inhalt des § 427 dahingehend, daß durch die Ausübung des Rücktritts das Schuldverhältnis für die Zukunft objektiv beendet wurde. Die etwa schon erfolgten Leistungen müssen wegen Wegfalls der causa zurückgegeben werden. (Vgl. Prot. 6/158). Im geltenden Gesetz hat man ausdrücklich eine Lösung dieser Frage nicht versucht. Für das richtige Verständnis des Wesens des Rücktritts ist eine Entscheidung jedoch nicht zu vermeiden.

Will man die Wirkungen des Rücktritts betrachten, so muß man drei Lehren auseinander halten: 2 Hauptansichten und 1 Mittelmeinung. Die eine Lehre geht hauptsächlich dahin, daß die Erklärung des Rücktritts eine Einrede erzeuge desjenigen, der beansprucht werden soll, eine Leistung zu verweigern. Eine andere besagt, daß das zugrundeliegende Schuldverhältnis völlig aufgelöst werde. Zwischen beiden Meinungen vermittelt eine dritte Theorie. Diese unterscheidet, ob der Vertrag bereits erfüllt ist oder nicht: je nachdem soll der Rücktritt forderungs- bzw. einredebegründend wirken.

Cohn[107]) gibt folgende zwei Beispiele, die er als Ausgangspunkt seiner Betrachtungen benutzt. Er sagt, wenn der Käufer dem Verkäufer Kaufgeld schuldig geblieben ist, so wird ihm am besten damit gedient sein, daß der Kaufvertrag zum Erlöschen gebracht wird. Hat dagegen der Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld des Verkäufers übernommen, so ist er nur dann befriedigt, wenn ihm Befreiung von der übernommenen Verbindlichkeit gewährt wird. Nun fragt Cohn weiter, wie man am einfachsten eine Lösung dieser Fälle geben kann, die mit dem Prinzip des Entwurfes im

[107]) J. W. 02/7.

Einklang steht. Der Gesetzgeber könnte von sich aus die zwei Fälle ungleich behandeln. Um die ex tunc Wirkung zu erreichen, müßte er einen Unterschied machen dahingehend, ob die Erfüllung des Vertrages noch völlig aussteht oder ob bereits teilweise erfüllt ist. Wenn noch garnicht geleistet ist, so genügt die Anordnung, das Schuldverhältnis erlöschen zu lassen. Im anderen Falle müßte außerdem noch die Verpflichtung bestimmt werden, das Empfangene zurück zu erstatten. Aber hierdurch wäre dem Prinzip nicht Rechnung getragen.

Nunmehr müßte auch die Wirkung dritten Personen gegenüber geregelt werden. Das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist erloschen; ferner ist die Ersatzpflicht des Verkäufers angeordnet. Jedoch hiermit ist beispielsweise einem Bürgen, der inzwischen die Zinsen für das Kaufgeld entrichtet hat, nicht geholfen. Die Kondiktion wäre ihm zu versagen, weil seine Zinszahlung mit rechtlichem Grund erfolgt ist; das Erlöschen des Kaufvertrages wirkt nur zwischen den Vertragsparteien.

Cohn folgert also: eine umständliche Regelung, die letzten Endes wohl doch nicht zum befriedigenden Ergebnis kommt. Ein billiges Ergebnis könne aber auf Grund eines sogen. Befreiungsanspruches erreicht werden. Mit der Erklärung des Rücktritts tritt nicht etwa Aufhebung des Vertrages ein. Es werden nur die Vertragswirkungen entkräftet. Der Inhalt des bisherigen Kaufvertrages wandelt sich um in den obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr bezw. Wiederherstellung, soweit schon geleistet. Sind noch keine Leistungen bewirkt, so ergibt sich eine Einrede desjenigen, der in Anspruch genommen werden soll.[108]) Keineswegs ist als Rechtsgrund etwa das Wegfallen der Causa anzusehen. „Was geleistet ist nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, sondern auf Grund des Vertrages und mit dem Rücktritt fällt nicht der rechtliche Grund des Behaltens fort, wie in § 812, sondern der rechtliche Inhalt der vertragsmäßigen Vorbehaltungsklausel tritt in Kraft".[109]

Aus dieser Auffassung ergeben sich folgende praktisch nicht unbedeutende Folgerungen. Wenn der Rücktritt nur ein Gegenrecht, eine Einrede erzeugt, so kann dem zufolge das alte Schuldverhältnis, von dem zurückgetreten worden war, dadurch wieder Gültigkeit erlangen, daß einseitig oder wenigstens mit Zustimmung der Gegenpartei auf die Ausübung des Einrederechts verzichtet wird. Klagt nach vollzogenem Rücktritt des einen Teiles der andere Teil auf Erfüllung des Vertrages, so kann das Gericht den Kläger nur

[108]) Cohn, a. a. O.; Dernburg I § 107, V; Crome II, § 174, 4; Endemann I § 148, 2; Rehbein II, Seite 249; wohl auch Matthias S. 223 Anm. 4 trotz d. Wortes „Rücktritt wirkt aufhebend".

[109]) Rehbein, II Seite 249; Dernburg a. a. O.; Crome a. a. O.; Stammler S. 835: Die Ansprüche sind den Bereicherungsansprüchen ähnlich.

abweisen, wenn einredeweise der Rücktritt behauptet wird. Auch steht dem Erlaß eines Versäumnisurteils mit dem Rechtsbehelf des Einspruchs nichts entgegen. Ist das eine oder andere der Schuldverhältnisse mit einem Pfandrecht belastet oder gesichert, so bleibt das Pfandrecht zunächst bestehen. Es wird hier lediglich ein Anspruch auf Rückgabe des Pfandes erzeugt. Handelt es sich um eine Hypothek, so steht der Geltendmachung des Hypothekenrechts eine peremtorische Einrede entgegen. Hieraus erwächst für den Grundstückseigentümer wiederum nur der Anspruch, daß der Hypothekengläubiger auf sein Recht verzichte (§ 1168 Abs. 1). Das Schutzmittel, das dem Schuldner gegeben ist, um eine Verschlechterung seines Rechtszustandes wegen §§ 892, 1138 zu verhüten, ist die Eintragung einer Vormerkung. Eine Eintragung in das Grundbuch ist außerdem gegebenfalls ohne Vorlegen eines Hypothekenbriefes wegen § 12 GBO. ausgeschlossen. Endlich sei noch erwähnt, daß in dem oben erwähnten Beispiel der dem Käufer gegebene Befreiungsanspruch auch dem Bürgen nützt, der vor der Wandlung gezahlt hat (§ 813).

Gegen diese Ansicht sprechen nun mehrere gewichtige Gründe. Zunächst einmal ist einzuwenden, daß das BGB. die Figur der Einrede nur in den Fällen gewählt und zugelassen hat, wo ganz besondere Gründe für ihre Anwendung sprechen; an solchen Gründen mangelt es aber im vorliegenden Fall. Hinzu kommt noch die Technik des Gesetzes. Da wo das BGB. eine Einrede bestimmen will, hat es dies ausdrücklich durch seine Fassung hervorgehoben. Entweder heißt es „der Schuldner ist die Leistung zu verweigern berechtigt" oder man findet die direkte Bezeichnung des Rechts als Einrede. Einen derartigen Hinweis enthält § 346 aber nicht.[110])

Außerdem enthält diese Auffassung von den Wirkungen des Rücktritts „nicht nur einen überkünstlichen und unnötigen Umweg, sondern es führt auch zu bedenklichen Folgen".[111]) Es ergibt sich eine eigenartige Gestaltung, wenn man unterstellt, daß zur Zeit des Rücktritts zwar die eine, aber nicht auch die andere Partei bereits auch geleistet hat. Derjenige, der schon erfüllt hat, gewinnt einen Anspruch auf Rückgewähr des von ihm geleisteten. Darüber hinaus hat er nach wie vor seinen Anspruch auf die Gegenleistung, allerdings behaftet mit der Einrede. Demnach ist es praktisch durchaus möglich, die beiden Ansprüche, die ihm aus dem alten Vertrage und dem Rüzktritt zustehen, hintereinander oder sogar zusammen vorzubringen. Er könnte etwa wegen beider ein Versäumnisurteil erstreiten; oder falls der Gegner versäumt die Einrede geltend zu machen, müßte das Gesetz beide Ansprüche zuerkennen.

Endlich entspricht die Entstehung einer Einrede nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Kontrahenten. Es ist doch klar, daß, wenn eine oder beide Parteien den Rücktritt von einem

[110]) Planck vor § 346 1 a.

[111]) F. Leonhard, Schuldrecht § 202.

Vertrage erklärt haben, sie gewöhnlicherweise die Vorstellung haben, daß ihr Vertragsverhältnis nicht mehr bestehe. Wenn man aber annimmt, daß lediglich eine Einrede entstehe, so bleibt ja der zugrunde liegende Vertrag nach wie vor gültig.[112])

Neben diesen hauptsächlichen Gegengründen gibt es noch mannigfache andere. Wegen dieser vergleiche man Oertmann (a. a. O.). Jedenfalls ergibt sich zur Genüge, daß die Lehre Dernburgs sich als ungeeignet erweist, das Rücktrittsrecht befriedigend zu erklären.

Seckel, Hellwig und andere haben versucht, die Wirkung des Rücktritts auf die Leistungen in anderer Weise zu erklären. Nach Hellwig[113]) kann die Erklärung des Rücktritts die Verpflichtungen und Berechtigungen, welche aus dem Vertrage stammen, von dem zurückgetreten wird, nur dann zum Erlöschen bringen, wenn sie noch bestehen. Allein das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird (§ 362 Abs. 1). Mit der Erfüllung ist es bereits untergegangen. Es ist also nichts mehr da, was jetzt noch untergehen könnte. Daher wirkt die Ausübung des Rücktrittsrechts hier auch nicht befreiend, sondern lediglich forderungsbegründend und zwar zugunsten des Zurücktretenden".[114]) Ist dagegen, von einer oder von beiden Seiten noch nicht geleistet worden, so könnte allerdings das Schuldverhältnis jetzt noch aufgehoben werden. Aber — so argumentiert Helliwg — dies sei nicht der Fall. Vielmehr entstehe ein leichteres Verweigerungsrecht, dessen Gebrauch das bis dahin noch bestehende Forderungsrecht des Gegners und auch das eigene aufhebt. Und zwar zeigt das BGB. selbst die Berechtigung dieser Auffassung. Für den Fall der Wandlung und Minderung erklärt § 478 Abs. 1, daß, wenn der Käufer den Mangel der Kaufsache dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet hat, bevor der Anspruch auf Wandelung oder Minderung verjährt war, der Käufer auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises verweigern kann. Das Gesetz gibt also ein Recht, die Leistung zu verweigern, auch wenn der Anspruch, d. h. die Forderung auf Rückzahlung, verjährt ist. Umgekehrt wirkt hiernach der Rücktritt nicht forderungsgründend sondern befreiend. Diese Ansicht unterscheidet somit, ob der Vertrag schon erfüllt ist, oder nicht. Im ersten Falle wirkt wie gesagt, der Rücktritt „nicht liberatorisch sondern lediglich forderungsbegründend", im anderen Falle „entfaltet das Rücktrittsrecht nur seine Liberations- nicht seine Recuperationsfunktion".[115])

---

[112]) Oertmann Bl. f. RA. 69/71.

[113]) Anspruch S. 21.

[114]) Seckel Gestaltungsrecht S. 222.

[115]) Seckel a. a. O.; ebenso Windscheid II S. 347; Tuhr I § 10 (Seite 201); Rehbein II S. 249 f.

Als Rechtsgrund für die Entstehung des neuen Forderungsrechtes wenigstens im Falle der Erfüllung der Leistung ist nicht etwa der Wegfall der causa zu sehen. Denn was geleistet worden ist, ist nicht ohne rechtlichen Grund geleistet, sondern auf Grund des Vertrages. Mit dem Rücktritt fällt nicht der rechtliche Grund für das Behaltendürfen nachträglich fort, wie beispielsweise in § 812, sondern nun entfaltet die vertragsmäßige Rücktrittsklausel ihre typische Kraft. Diese besteht immer, vorausgesetzt, daß nichts anderes von den Parteien vereinbart wurde: „Nicht deshalb, weil der Empfang des Gegners als sine causa erfolgt gilt, sondern obgleich er rechtmäßig die Leistung erhielt, muß er wegen des in der Rücktrittsvereinbarung liegenden bedingten Rückgabeversprechens zurück erstatten. Dieses soll jetzt gerade seine Wirksamkeit erhalten".[116] Betrachten wir auch hier kurz die Folgen.

Ist von der einen oder anderen Partei bis zur Erklärung des Rücktritts nicht oder noch nicht vollständig geleistet worden, so begründet diese rechtsvernichtende Tatsache eine Einwendung. Klagt also z. B. der Verkäufer und trägt er den Tatbestand der Klage erschöpfend vor, so ist die Einwendung vom Gericht von Amts wegen zu würdigen. Gegebenenfalls hat die Abweisung der Klage gegen die nicht zum Termin erschienenen beklagten Käufer durch ein Urteil zu erfolgen, gegen das nur die ordentlichen Rechtsmittel gegeben sind. Weiterhin kann die Wirkung des erfolgten Rücktritts vernichtet werden. Hier ist zu unterscheiden zwischen dem Sachverhalt, wo schon geleistet ist, und dem, wo die Vertragspflichten noch unerfüllt geblieben sind. Im ersten Falle kann formlos auf die entstandenen Rückgewährpflichten verzichtet werden. Im anderen Falle ist ein völlig neuer Vertragsschluß möglicherweise sogar unter Beachtung der erforderlichen Form (§ 313) nötig. Endlich bleibt zu bemerken, daß ein Pfandrecht mit der Ausübung des Rücktritts als erloschen anzusehen ist.

Und zwar betrachtet Hellwig[117] diese Wirkungen als ex nunc eingetreten. Da er nämlich das Schuldverhältnis als durch die Vertragserfüllung erloschen betrachtet, kann nach seiner Ansicht bei erfülltem Vertrage eine rückwirkende AUFHEBUNG des Vertrages nicht mehr in Frage kommen. „Wie bei der Kündigung tritt die Auflösung nicht ex tunc ein sondern ex nunc und sie kann die Verpflichtung, welche der Vertrag erzeugte, nur dann aufheben, wenn diese noch existiert, also nicht, wenn sie schon aus anderen Gründen namentlich durch Erfüllung untergegangen ist".

Gegen diese Lehre spricht mancherlei. F. Leonhard[118] macht geltend, daß diese Ansicht dem Gedanken der Rückwirkung, der den §§ 346 ff. innewohnt, widerspreche. Außerdem liegt ja auch in der

[116] Hellwig S. 22; Rehbein II S. 249.
[117] Anspruch S. 21; Tuhr I S. 201.
[118] Schuldrecht, S. 202.

rückwirkenden Kraft des Rücktritts ihr Unterschied von der Kündigung, die ex nunc wirkt. Wenn auch der Rücktritt ex nunc wirken sollte, wäre zwischen den zwei Begriffen überhaupt kein Unterschied, und es wäre unverständlich, weshalb das Gesetz sich dann zweier verschiedener Bezeichnungen bediente. Ebenso macht man geltend, daß die causa trotz Erfüllung des Schuldverhältnisses noch weiter fortbestände. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird von der Rückwirkung an anderer Stelle noch ausführlicher zu handeln sein.

Oertmann [119]) betrachtet als hauptsächliches Gegenargument den § 327. Diese Bestimmung lautet:

> Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über eine Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Aus dem Wörtchen „nur" folgert er, daß §§ 346 ff. lediglich Sonderregeln gegenüber den allgemeinen Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung seien. Tatsächlich läßt sich nicht leugnen, daß zwischen den §§ 812 ff. und den Rücktrittsvorschriften eine gewisse Aehnlichkeit besteht — allerdings ist die Haftung nach §§ 346 ff. eine weitergehende. Aus der Aehnlichkeit der Wirkungen schließt Oertmann auf dieselbe Ursache. Zwar handelt § 327 nur von dem gesetzlichen Rücktrittsrecht. „Kein vernünftiger Grund aber läßt sich dafür ausfindig machen, das in den Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechts gemäß §§ 325 ff. zugrunde gelegte Verhältnis zwischen den allgemeinen Bereicherungs- und den besonderen Rückgewährvorschriften nicht auch für diejenigen des vertragsmäßigen als maßgebende anzuerkennen".

Diese Annahme, daß der Wegfall der causa auch beim vertraglichen Rücktrittsrecht als Entstehungsgrund in Frage komme, wird auch durch die Tatsache gerechtfertigt, daß das gesetzliche Rücktrittsrecht im engen Anschluß an das vertragsmäßige Rücktrittsrecht aufgebaut ist. Bei jenem ergibt es sich aus § 327.

Eine dritte Meinung lehrt, daß durch die Erklärung des Rücktritts das zugrundeliegende Schuldverhältnis vollständig aufgelöst wird. Es entstehe durch die Rücktrittsausübung ein neues Schuldverhältnis. Diese Ansicht wird den in den Materialien entwickelten Gesichtspunkten durchaus in einfacher Weise gerecht. Der weitaus größte Teil des Schrifttums hat sich dieser Ansicht angeschlossen. [120])

[119]) Bl. f. R. A. 69/76 f.

[120]) Staudinger zu § 346 II 1; Warneyer zu § 346 IV; Soergel zu § 346; Oertmann vor § 346, 2 a; Planck vor § 346, 1 a; Fischer-Hänle zu § 346, 3; Schollmeyer zu § 346, 2; Cosack S. 442 (§ 112); Goldmann Lilienthal S. 401 f.; Strohal Jh. J. 33/367; Kress, Lehrb.

Rechtfertigen läßt sich diese Lehrmeinung durch alle oben gegen die anderen Ansichten angeführten Gründe. Im einzelnen lehrt sie folgendes.

Wenn geredet wird von einem Erlöschen,[121] einer Aufhebung,[122] Beseitigung,[123] Zerfall[124] des Vertragsverhältnisses infolge der Rücktrittserklärung, so ist es doch zunächst Voraussetzung, daß das Schuldverhältnis bis zum Augenblicke der Ausübung bestanden hatte. Daß dieses auch tatsächlich der Fall war, ergibt sich aus obigen Ausführungen. Bei einem von beiden Seiten erfüllten gegenseitigen Vertrage findet einwandfrei ein Erlöschen statt. Erfolgt der Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrage, bei dem erst eine der Leistungen vollzogen ist, oder von einem einseitigen bereits erfüllten Vertrage, so kommt man zu demselben Ergebnis. Aehnlich ist die Frage zu behandeln, wenn der betr. Vertrag überhaupt noch von keiner Seite erfüllt ist. Zwar ist eine Einwirkung auf die noch nicht erfolgten Leistungen nicht möglich, aber das noch bestehende Schuldverhältnis erlischt. Hiermit erschöpft sich die Wirkung des Rücktritts bei einem noch nicht ausgeführten Vertrage. Ein Anspruch auf Erfüllung kann nicht mehr geltend gemacht werden. Es entsteht jetzt kraft Gesetzes ein neues Schuldverhältnis, gerichtet auf die Rückgewähr der beiderseits empfangenen Leistung. Inhalt dieses neuen Schuldverhältnisses ist die Rückleistung Zug um Zug (§ 348). Es finden §§ 320, 322 über gegenseitige Verträge entsprechende Anwendung. D. h. jede Partei kann also ihre Rückgewähr solange verweigern, bis die Gegenpartei ihrerseits auch zurückgibt. Eine Verurteilung geht nur auf Zug-um-Zug-Leistung. Die evtl. Zwangsvollstreckung auf Grund eines solchen Urteils ist nur zulässig, wenn der Gegner in Annahmeverzug gesetzt ist (§§ 726 Abs. 2, 756, 765 ZPO.).

Worauf beruht nun dieses neue Vertragsverhältnis? Die Grundlage von obligatorischen Ansprüchen ist immer ein Schuldverhältnis, auch hier kann es nicht anders sein. Als Entstehungsgründe sind in Betracht zu ziehen das Gesetz oder vertragliche Vereinbarung. F. Leonhard[125] sagt, nach dem Gesetz seien „die empfangenen Leistungen" zurückzugewähren. D. h. in genau demselben Umfange wie sie geleistet worden sind. „Denn es besteht bezüglich der Haftung für Nutzungen ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Rücktrittsrecht und der Haftung nach § 820: dort ist sie schon vom Empfang der Leistungen an begründet (§ 347), hier aber erst, wenn er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten ist (§ 820 Abs. 2). Viel-

S. 175 (§ 10); F. Leonhard, Schuldrecht § 202; Enneccerus I, 2 § 262 II.

[121] Staudinger zu § 346 II, 1.

[122] Leonhard a. a. O.

[123] Schollmeyer a. a. O.

[124] Fischer-Hänle a. a. O.

[125] Schuldrecht § 202.

mehr handelt es sich um ein besonderes Liquidationsverhältnis, das im Vertrage selbst wurzelt und auf völlige Auflösung nicht bloß Ausgleich der Bereicherung gerichtet ist". [126]

Hiergegen ist zu antworten, daß es nicht die Bereicherung ist, die zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht nur dann, wenn die Bereicherung eine ungerechtfertigte ist, und ohne rechtlichen Grund erfolgt. Dem Fehlen des rechtlichen Grundes steht es gleich, wenn ein solcher zwar zu der Zeit der Vermögensverschiebung — Bewirkung der Vertragsleistungen — vorlag, später aber weggefallen ist. Dann haben wir es mit einem Fall der causa finita zu tun. Der Rücktritt bezieht sich m. a. W. nicht unmittelbar auf die entstandenen einzelnen Ansprüche, sondern auf deren Entstehungsgrund. Dieser wird durch den Rücktritt unmittelbar beseitigt, und darum stürzen als mittelbare Wirkungen auch die darauf aufgebauten Rechtswirkungen zusammen. Als Entstehungsgrund des neuen auf Rückgewähr gehenden Schuldverhältnisses erscheint uns der Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. [127] Darin stimmen wir aber mit Leonhard überein, daß sich der Umfang dieser Rückgewährspflicht in erster und hauptsächlicher Hinsicht nach §§ 346 ff. regelt. Diese bilden eben Sondervorschriften verglichen mit §§ 812 ff. Es sei noch vergönnt kurz einige praktisch wichtige Folgen dieser von uns anerkannten Lehre aufzuzählen.

Ist der Rücktritt einmal erklärt, dann kann von einem Verzicht auf das Rücktrittsrecht keine Rede mehr sein. Wenn die Parteien den Rücktritt und seine Wirkungen beseitigen wollen, so müssen sie einen darauf gerichteten Vertrag schließen. RG. 66/432 bemerkt hierzu: „Die späteren einseitigen abgegebenen Erklärungen des klagenden Ehemannes, er denke nicht an den Rücktritt vom Vertrage, sind unerheblich. Der einmal aufgehobene Vertrag über das Grundstück konnte nur nach Vorschrift des § 313 wieder neu ins Leben gerufen werden."

Einen Rücktritt mit Schadensersatz wegen Nichterfüllung gibt es nicht. RG. 50/266 f. sagt: „Durch den Rücktritt vom Vertrage, wie er in § 326 Abs. 1 zugelassen und in §§ 346 ff. näher geregelt ist, erlischt das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis. . . . Durchaus anders liegt die Sache beim Schadensersatz wegen Nichterfüllung; durch die Wahl dieses Schadenersatzes konzentriert sich das Vertragsverhältnis auf das Recht und die Verbindlichkeit zum Schadenersatz, der Schadenersatz wegen Nichterfüllung wird deshalb aus dem fortbestehenden Vertrage gefordert und geschuldet." Betreffs der Geltendmachung eines Wechselanspruches führt RG. 75/201 aus: „Allerdings führt der Rücktritt dahin, daß das vertragliche Schuld-

[126]) Vgl. auch Kisch Unmöglichkeit S. 145.

[127]) Staudinger zu § 346 II, 1; RGR. K. zu § 346, 3; Goldmann-Lilienthal S. 865 f.; Fischer-Hänle zu § 346, 3; Oertmann zu § 346, 3; Planck vor § 346, 1 a; Kress, Lehrbuch S. 175 (§ 10).

verhältnis wieder aufgehoben ist. Das dem Wechsel unterliegende Kaufgeschäft besteht also nicht mehr. Der Rücktritt begründet zwischen den Vertragsparteien ein neues Schuldverhältnis, das auf Rückgewähr der empfangenen Vertragsleistungen gerichtet ist. Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen sind nach § 348 Zug um Zug zu erfüllen. Daraus folgt, daß der Schuldner, der aus seinem auf Grund eines durch Rücktritt aufgehobenen Kausalgeschäfts gegebenen Wechsel belangt wird, mit der Einrede des Rücktritts allein nicht gehört werden kann, vielmehr zugleich die Erfüllung seiner sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen anbieten muß. Nach dieser Auffassung ist die Klage auf Rückgabe des Wechsels erst begründet, wenn Kläger dargetan hat, daß er keine Rückgewährverpflichtungen zu erfüllen habe, während sonst nur eine Verurteilung Zug um Zug gegen die Erfüllung seiner noch rückständigen Verpflichtungen erfolgen kann."

Ein Ersatz des sogenannten negativen Vertragsinteresses wird durch Rücktritt ausgeschaltet, weil nur die empfangenen Leistungen zurückzugeben sind. Ist das eine oder das andere Schuldverhältnis durch ein Pfandrecht gesichert, so erlischt dasselbe mit Ausübung des Rücktritts (§ 1252). Hypotheken fallen dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 1; Schutzmittel gegen nachteilige Veränderungen im Grundbuch auf Grund von §§ 892, 1138 ist der Widerspruch.

§ 13: Wirkung des erklärten Rücktritts im geltenden Recht: insbesondere obligatorische Wirkung ex tunc.

Oft wird nun hinzugefügt, der Rücktritt wirke ipso jure. Dieser Ausdruck wird in durchaus mehrdeutiger Weise gebraucht. So wird einmal darunter verstanden, daß der erklärte Rücktritt das Schuldverhältnis nicht nur entkräftet, sondern sogar zum Erlöschen bringe. Ein anderes Mal soll damit gekennzeichnet werden, daß zum Erlöschen lediglich die einseitige Erklärung des Rücktrittberechtigten erforderlich sei. Manche stellen die von ihnen genannte ipso jure Wirkung in Gegensatz zur obligatorischen Wirkung.

Hier ist jetzt von der letzten Frage zu handeln. Das Korrelat zur obligatorischen Wirkung der Rücktrittserklärung bildet die dingliche Wirkung. Das Gesetz steht heute im § 346 Satz 1 auf dem Standpunkt, daß dem Rücktritt nur obligatorische Wirkung innewohne. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut:

> Hat sich in einem Vertrage ein Teil den Rücktritt vorbehalten, so sind die Parteien . . . ‚verpflichtet' . . .

Auch die herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung folgt dieser Ansicht.[128])

Bei Behandlung dieser Frage ist von der Unterscheidung zwischen dem obligatorischen und dem dinglichen Vertrage auszugehen. Wird

[128]) Staudinger zu § 346 II 1; Oertmann zu § 346, 2; Planck zu § 346, 1.

also von dem zugrundeliegenden Kaufvertrage zurückgetreten, so werden die infolge des schuldrechtlichen Vertrages bewirkten Erfüllungshandlungen zunächst garnicht von der Vertragsauflösung berührt. Der Zessionsvertrag, die Tradition, bewirken, wenn sie ihrerseits in Ordnung sind, den Forderungs- bezw. Eigentumsübergang, selbst wenn sogar der obligatorische Vertrag aus irgend einem Grunde nichtig ist. Beispielsweise bildet die Auflassung nicht ein einen Anspruch erzeugendes Verpflichtungsgeschäft, sondern schon sie alleine ohne Verbindung mit einer Eintragung, stellt Leistung, Erfüllung dar. „Rechtsirrig ist die Ansicht, daß die erklärte Auflassung durch den Rücktritt in ihrer Wirksamkeit mit betroffen werde, und daß zur Wiederherstellung des durch den Rücktritt aufgehobenen Rechtszustandes eine neue Auflassung erforderlich sei." [129])

Man hat sich nun gefragt, ob es nicht Möglichkeiten gibt, wo dem erklärten Rücktritt dingliche Wirkung beizumessen ist. Bisher haben wir unseren Ausführungen als Grundlage den Rücktritt vom schuldrechtlichen Vertrage zugrunde gelegt. Sollte es nicht möglich sein, auch von einem dinglichen Vertrage zurückzutreten? Dann hätten wir einen **Fall** des Rücktritts mit dinglicher Wirkung. Die gänzliche Aufhebung des dinglichen Vertrages und damit ja auch seiner Wirkungen wäre herbeigeführt.

Sicher ist zunächst, daß das BGB. auch bei nicht obligatorischen Verträgen ein Rücktrittsrecht kennt, z. B. bei Eheverträgen (§ 1298 f.) und Erbverträgen (§§ 22, 93 ff.). Das BGB. kennt sachenrechtliche, dingliche Verträge in der „Einigung" der §§ 873, 925, 929, 1205. Hierfür spricht die Entstehungsgeschichte der §§ 873, 929. So sagte der erste Entwurf im § 828, der dem heutigen § 873 entspricht, „daß zu dem von ihm bezeichneten Rechtsänderungen Vertrag und Eintragung erforderlich sind". [130]) Für die Willensübereinstimmung gebraucht er also direkt den Ausdruck Vertrag. Die dingliche Einigung stellt somit einen dinglichen Vertrag dar. [131]) Die Uebergabe erfüllt im Fahrnisrecht dieselbe Aufgabe, die im Grundbuchrecht der Eintrag versieht: hier wie dort dient er dazu, das Sachenrecht kundzutun.

Nun führt Littmann [132]) aus, daß es sehr wohl angängig sei von einem dinglichen Vertrage zurückzutreten. Er sagt, die Rechtsänderung werde beispielsweise bewirkt erst durch Einigung und Eintragung. „Sind beide Erfordernisse, Einigung und Eintragung bzw. Uebergabe erfüllt, dann ist die Rechtsänderung vollzogen. Mit diesem Augenblicke ist die Einigung für beide Parteien bindend, ein einseitiges Abgehen von ihr ist ausgeschlossen. Bis zu diesem Zeitpunkte

[129]) OLG. 67/229.

[130]) Motive III/159.

[131]) Einleitung z. Sachenrecht, VII B 1 b; zu § 925 B. II; RGR. K. zu § 929, 1, 5; Planck zu § 929, 3 a; Warneyer zu § 929, 1. Eck Vortr. II/108.

[132]) Das gesetzl. Rücktrittsrecht S. 129 ff.

dagegen ist das Abgehen von dem dinglichen Vertrage jederzeit gestattet. Für das Immobilarsachenrecht aber bestimmt das Gesetz, daß die Bindung schon vor der Eintragung eintritt im Falle des § 873 Abs. 2". Littmann gibt uns selbst die Waffen in die Hand. Seite 132 bemerkt er, „es wird in der Literatur des BGB. für diesen Fall fast ausnahmslos von einem Widerruf gesprochen." Man fragt sich, wozu denn diese Verschiedenheit der Bezeichnung von Auflösungsakten? Seite 129 schreibt er, daß es neben obligatorischen Verträgen auch noch solche anderer Art gäbe. „Das ergibt teilweise schon die Terminologie des Gesetzes . . . insbesondere aber der Umstand, daß die maßgebenden Vorschriften über Verträge (§§ 145 bis 157) nicht dem Recht der Schuldverhältnisse, sondern dem allgemeinen Teil des BGB. zugewiesen sind." Man wird zu der Frage gedrängt: Warum stehen also die Rücktrittsvorschriften nicht im allgemeinen Teil sondern im Recht der Schuldverhältnisse? Weil der Gesetzgeber ihr Anwendungsgebiet auf die Schuldverhältnisse beschränkt wießen wollte. Daher kann von einem dinglichen Vertrage nicht zurückgetreten werden.[133]) Es fällt also das Eigentum nicht zurück, die Eintragung auf Grund der erklärten Auflassung wird nicht verhindert. Die Rechte, welche Dritte in der Zwischenzeit an dem zurückzugewährenden Gegenstand erlangt haben, werden nicht berührt. Indessen können die Parteien dem an sich obligatorisch wirkenden Rücktrittsrecht in gewisser Weise dingliche Wirkung verleihen.

Dies kann dadurch geschehen, daß man den dinglichen Vertrag von der auflösenden Bedingung der Erklärung des Rücktritts abhängig macht. Dies ist bei beweglichen Sachen möglich.[134]) Dann tritt zweifelsohne dingliche Wirkung ein. Dies ist aber nicht die Folge der Rücktrittserklärung sondern der auflösenden Bedingung, deren Eintritt nur an das Ereignis der Rücktrittserklärung geknüpft ist. Bei Grundstücken ist die Hinzufügung einer Bedingung im allgemeinen, also im besonderen auch eine auflösende Bedingung unzulässig (§ 925). Derselbe Erfolg kann hier aber mittels Eintragung einer Vormerkung, laut welcher im Rücktrittsfalle das Grundstück zurückzugewähren ist, erreicht werden.

Wir kommen jetzt zur dritten Frage: Wirkt der Rücktritt in dem entwickelten Sinne ex nunc oder ex tunc? Betrachten wir ganz kurz die Geschichte dieses Problems. Der Entwurf I. stand im § 427 auf dem Standpunkt der Rückwirkung. Er lautete:

> Der Rücktritt bewirkt, daß die Vertragsschließenden untereinander so berechtigt und verpflichtet sind, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre.

In das geltende Recht ist eine dahingehende Bestimmung nicht übergegangen.

---

[133]) Staudinger zu § 346, 1; OLG. 67/229.

[134]) RG. 54/340.

Nach § 346 sind die Parteien lediglich verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Das BGB. ordnet gegebenenfalls die Rückwirkung entweder direkt an (§ 184) oder durch die Vorschrift, daß die später eintretenden Wirkungen als bereits früher eingetreten „gelten" sollen. Im § 346 fehlt eine solche Bestimmung.

Aus diesem Schweigen haben manche Vertreter gefolgert, daß eine Wirkung ex tunc abzulehnen sei. Wir meinen dagegen, der Lehre von der Rückwirkung folgen zu müssen. Nach dem Text des § 346 Satz 2 sind die „empfangenen" Leistungen zurückzugewähren. D. h. also, daß der Augenblick des Empfanges maßgebend ist. Außerdem steht diese Annahme auch durchaus im Einklang mit der Entstehungsgeschichte. So sagt Hellwig,[135] „wie bei der Kündigung tritt die Auflösung nicht ex tunc ein, sondern ex nunc." Auch Tuhr[136] huldigt dieser Ansicht. Wir meinen dagegen, wenn nach der Entstehungsgeschichte[137] Rückwirkung anzunehmen ist, so kann man bei Schweigen des geltenden Gesetzes ruhig dem Standpunkt der Gesetzgeber in den Beratungen folgen. Dieser Meinung folgt auch die überwiegende Zahl der Rechtslehrer.[138] Streit herrscht nur darüber, welche Erklärung man dieser Rückwirkung geben kann.

Philipsborn[139] versteht unter Rückwirkung die durch den späteren Eintritt eines Umstandes erfolgende Feststellung, daß ein Tatbestand bereits an einem früheren Zeitpunkt eine Rechtsfolge gehabt oder nicht gehabt habe. „Im Schuldrecht bedeutet der Rücktritt die Feststellung, daß der Vertrag von Anfang an nicht geschlossen worden ist." Er schließt auf folgende Art. Ein Tatbestand führe regelmäßig gewisse Rechtsfolgen herbei. Der Tatbestand sei aber nicht kausal für die eingetretenen Rechtsfolgen. Tatbestand und Rechtsfolgen stehen in einem logischen Verhältnis. Das bedeutet „ein konkreter Tatbestand ist unter den abstrakten Tatbestand zu subsumieren, den ein Rechtssatz voraussetzt. Dieses Verfahren löst mithin keinerlei Veränderung in der Wirklichkeit aus, sondern beläßt alles hübsch am selben Fleck; es ist ein Denkprozeß, nichts weiter".[140] Diesen Denkprozeß formt er so, daß er annimmt eine Ungewißheit über den jetzigen, gegenwärtigen Rechtszustand zwischen der Setzung des Tatbestandes und dem Eintritte des rückwirkenden Ereignisses. Tritt das rückwirkende Ereignis ein, „so wird festgestellt, — nicht daß in der Außenwelt eingetretene Veränderungen nicht bewirkt worden sind — das wäre unmöglich — sondern daß der Tatbestand bereits von Anfang an eine bestimmte Rechtsfolge

[135]) Anspruch S. 21.

[136]) I S. 201 (§ 10).

[137]) Motive 2 280—282; Protokolle 2 1579—1582, 8414, 8418, 8419, 8442.

[138]) Planck vor § 346; Staudinger zu § 346 II 1; F. Leonhard, Schuldrecht § 202.

[139]) Gruchot 64/10.

[140]) Philipsborn a. a. O. S. 13.

gehabt, bezw. nicht gehabt hat." Also Tatbestand und Rechtsfolge werden als gleichzeitig weggefallen gedacht. Nach Philipsborn [141]) ist der Rücktritt daher folgendermaßen zu erklären. „Der Vertragsteil, der sich den Rücktritt vorbehalten hat, erklärt damit, daß er das Schuldverhältnis nur solange will, als es seinem Interesse entspricht. Erklärt er den Rücktritt, so stellt er damit fest, daß es von Anfang an nicht so gewesen ist. Das entspricht der Wirkung des Rücktritts, daß das wirksam eingegangene Geschäft erlischt, als wäre es nie geschlossen."

Philipsborn ist entgegenzuhalten, daß er von Rückwirkung redet, dagegen aber leugnet, daß die aufzuhebende Wirkung vorhanden war. Ein nichts, auf welches eingewirkt werden soll. Wenn man zugibt, daß eine Rückwirkung eintritt, so muß doch etwas eine Wirkung haben. Wir stellen uns die Rückwirkung vor, wie das Verhältnis von Wirkung und Gegenwirkung. Der Trugschluß von Philipsborn wird durch seine Auffassung von dem logischen Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolgen herbeigeführt. Ein Tatbestand ist vielmehr kausal für die eintretenden Rechtsfolgen. Von diesem Standpunkt vermag man nicht in Umkehrung des Kausalitätsgesetzes Wirkungen anzuordnen, die zeitlich vor ihrer Ursache liegen. Nicht der jetzige Rechtszustand ist ungewiß. Beim Rücktritt ist die Rechtswirkung voll wirksam. Man ist sofort Eigentümer, Gläubiger, Berechtigter usw. Ungewißheit besteht lediglich darüber, wie dieser Rechtszustand später nach Eintritt oder Ausbleiben der entscheidenden Rücktrittserklärung zu beurteilen sein wird. „Rückwirkung bedeutet den Eintritt einer Rechtswirkung, die sich nicht nur auf die Zukunft bezieht, sondern nach besonderer Rechtsvorschrift so behandelt wird, als sei sie schon zu einem bestimmten Zeitpunkt der Vergangenheit eingetreten." [142]) Also eine gesetzliche Fiktion.

Fingiert nun der Gesetzgeber den Eintritt der Rückwirkung im Augenblicke des Vertragsschlusses oder des Empfanges der Leistungen? Schollmeyer [143]) erachtet den Zeitpunkt in dem die Vertragsleistungen gemacht worden sind, als maßgebend. Eine andere Ansicht betrachtet den Augenblick des Vertragsschlusses als den ausschlaggebenden. Dieser Ansicht wirft man vor, daß alsdann auch das negative Vertragsinteresse ersetzt werden müsse, was sicher gegen den Parteiwillen wäre. Das trifft aber nicht zu. Voraussetzung für den Ersatz des negativen Interesses ist die Nichtigkeit eines Vertrages, auf dessen Gültigkeit der Ersatzberechtigte vertraute. Mehr als daß eine Rückbeziehung auf den Zustand bei Vertragsschluß stattfindet, haben Rücktritt und negatives Interesse nicht gemein.

---

[141]) a. a. O. Seite 23.

[142]) Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 25.

[143]) Schollmeyer S. 257; auch RG. in Jur. Rundschau 1925, Nr. 770.

Also soll jeder Teil wirtschaftlich tunlichst in die gleiche Lage versetzt werden, als wenn der Vertrag NICHT GESCHLOSSEN WÄRE. Maßgebend ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses.[144])

Die Erklärung des Rücktritts hat demnach obligatorisch völlige Aufhebung des Vertrages ex tunc zur Folge und Begründung eines neuen Schuldverhältnisses beruhend auf dem Gedanken der ungerechtfertigen Bereicherung.

III. Teil: Rücktritt Unterart der Endbedingung.

§ 14: Entscheidung der Frage bis zum heutigen Stand des Schrifttums.

Im letzten Teile der Arbeit bleibt uns die Aufgabe, aus dem Vorhergehenden unsere Schlüsse auf das Verhältnis der soeben betrachteten zwei Rechtsinstitute zueinander zu ziehen. Zunächst sei es gestattet, einen Ueberblick zu geben wie die Frage im römischen und gemeinen Recht gelöst worden ist.

Nach römischem und gemeinem Recht wurden durch die Rücktrittserklärung die durch das Vertragsverhältnis begründeten Rechtsfolgen mit dinglicher Wirkung gegen jedermann nach rückwärts aufgehoben. Da man dieselben Wirkungen auch bei der Endbedingung annahm, so ergab sich eine Gleichstellung beider Disziplinen. Windscheid[145]) sagt: „Der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann die Partei die Wiederaufhebung wollen sollte". Diesen selben Schluß von der Gleichstellung findet man auch in mannigfachen anderen Arbeiten. So z. B. behandeln fast ausnahmslos alle Schriftsteller, die sich um die Klärung des Problems der Bedingung bemühen, den Rücktritt und die auflösende Bedingung in einem Zusammenhange. Es seien hier nur Czyhlarz, Schulin, Kohler[146]), Fritz[147]) genannt.

Wie behandelt man nun die Frage im geltenden Recht? Wir wollen zunächst die Materialien zum Gesetz ins Auge fassen.

Die Motive (2/281) glaubten durch die Gestaltung des Rücktrittsrecht eine scharfe Scheidung zwischen Rücktritt und auflösender Bedingung getroffen zu sehen. „Die Sicherheit des Verkehrs gebietet, die Konsequenzen der Resolutivbedingung (ipso jure Rückfall, dingliche Bindung) fernzuhalten." Aehnlich sprechen sich verschiedene Schriftsteller aus.

---

[144]) Philipsborn a. a. O. S. 23; Hellwig Rückwirkung S. 27.
[145]) Pandekten I, § 323 (S. 316).
[146]) in Arch. f. bürgerl. Recht. 15 21 ff.
[147]) in Arch. f. Ziv. Prax. 8/293.

Crome[148] sieht als Hauptunterschied folgendes an: „Die Rücktrittsklausel wirkt nie von selbst . . . Die Resolutivbedingung führt mit ihrem Eintritt die beabsichtigten Rechtswirkungen von selbst herbei. Ist dies gewollt, so liegt unser Rücktrittsrecht nicht vor. Die Bedeutung des letzteren liegt auf dem Gebiete der Schuldverträge. Die Ausübung des Rücktrittsrechts erzeugt immer bloß ein Schuldverhältnis auf Rückgewähr."

Endemann[149]: „Als Wirkung wird die Beseitigung der gegenwärtig eingetretenen Vertragsfolgen und die Wiederherstellung des Zustandes, der vor dem Vertragsschlusse bestanden hat, erstrebt. Das kann rechtlich in zweifacher Weise durchgesetzt werden: Entweder durch eine dinglich nach rückwärts wirkende Aufhebung aller eingetretenen Rechtsfolgen oder durch obligatorische Verflichtung der Beteiligten zur Rückgewähr. Das BGB entscheidet sich für die letztgenannte Wirkung, es stellt damit das Rücktrittsrecht in bewußten Gegensatz zu der auflösenden Bedingung."

Nach Oertmann[150] ist eine Scheidung zwischen einem auflösend bedingten und einem mit Rücktrittsklausel versehenen Grundgeschäft schwierig zu ziehen. „Doch ist in Wahrheit ein — mehr begrifflicher als praktischer — Unterschied vorhanden. Die auflösende Bedingung vernichtet durch Eintritt einer weiteren nicht notwendig rechtsgeschäftlichen Tatsache die Wirkung des Geschäfts. Dagegen die Rücktrittserklärung ist ein neuer, selbständiger geschäftlicher Tatbestand — Vertrag und Rücktritt sind zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, von denen das zweite dem ersten die Wirkung nimmt." Vor § 346, 4 fügt er noch hinzu: „Umgekehrt fehlt der auflösenden Bedingung die rückwirkende Kraft".

Staudinger[151] lehrt: „Der Rücktritt löst den Vertrag mit schuldrechtlicher Wirkung. Die Vertragsteile werden durch den Rücktritt nur verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurück zu gewähren. Nicht etwa löst der Rücktritt wie der Eintritt einer auflösenden Bedingung die durch den Vertrag entstandene Rechtsveränderung von selbst, mit dinglicher Wirkung auf."

Wollstadt[152] endlich bemerkt hierzu: „Während die auflösende Bedingung das Geschäft, in das sie eingefügt ist, von seiner Entstehung an in bestimmter Weise modifiziert, hat die Einräumung des Rücktrittsrechts vorläufig keinerlei Einfluß auf den Hauptvertrag, dem es zugefügt ist. Hieraus folgt, daß die auflösende Bedingung nur bei Abschluß des Geschäftes, das Rücktrittsrecht dagegen auch nachträglich mit derselben Wirkung beigefügt werden kann. Ein weiterer bedeutsamer Unterschied besteht darin, daß das Rück-

148) II, § 174, 3 (Seite 199).
149) Endemann, I, S. 850 f.
150) zu § 158, 5 c.
151) Vor § 346 I 1 b.
152) Die auflösende Bedingung S. 45 ff.

trittsrecht eben ein Recht ist, d. h. derjenige, dem es zusteht, kann es zwar ausüben, er braucht es aber nicht. Die auflösende Bedingung jedoch wirkt in der Regel ohne weiteres, sie bestimmt die Rechtslage in zwingender Weise unabhängig vom Willen der Parteien. Der charakteristischste Unterschied vom Rücktrittsrecht und der auflösenden Bedingung ist der, daß der letztere sogen. dingliche Wirkung hat, während ersteres nur obligatorische Wirkung hat."

Auch nach der Ansicht des RG. sind Voraussetzungen und Wirkungen der beiden Figuren verschieden geordnet. In „Recht" 1921 Nr. 1327 heißt es: „Zum Rücktritt bedarf es einer Erklärung des Berechtigten; alsdann sind die Leistungen Zug um Zug zurückzugewähren (§§ 346, 348); die Haftung für Verschlechterung ist besonders geregelt. Bei der Bedingung löst ihr Eintritt ohne weiteres (ipso jure) die daran geknüpften Wirkungen aus, und zwar bei der auflösenden Bedingung, das Aufhören der Wirkung des Rechtsgeschäftes und den Wiedereintritt des früheren Rechtszustandes . . . Auf die Rückgewährungspflichten finden aber die Vorschriften über die Herausgabe im Falle des Rücktrittsrechts weder unmittelbar noch sinngemäß Anwendung; die beiderseitigen Rückgewährpflichten stehen sich vielmehr unabhängig gegenüber, ein Zug um Zug Leistungsverhältnis findet nicht statt (RG 49/424)." [153])

Wir sehen also, die Gründe sind mannigfach, die gegen die Gleichstellung von Rücktritt und auflösender Bedingung vorgebracht werden. Bei Betrachtung der angeführten Argumente ergibt sich als Hauptstützpunkt die Ungleichheit in den Wirkungen: die auflösende Bedingung habe dingliche Kraft, der Rücktritt obligatorische. Zusammenfassend sind es folgende Punkte:

1. Verschiedenheit der Konstruktion;
2. Verschiedenheit des ausschlaggebenden Ereignisses;
3. Verschiedenheit der Wirkungen: hauptsächlich dingliche bezw. obligatorische Kraft.

§ 15: Eigene Stellungnahme.

Unsere eigene Stellungnahme kann eingeleitet werden mit einem Ausspruch Oertmanns: [154]) „Soviel ist sicher, daß die übliche Verwerfung der Bedingungstheorie sich den Kampf erstaunlich leicht macht." In der Tat glauben wir, mehr Gleichheiten zwischen den Figuren des Rücktritts und der auflösenden Bedingung feststellen zu können, als Verschiedenheiten.

1. Was zunächst die Verschiedenheit der Konstruktion anbelangt, so ist sie höchst problematischer Natur. Der Rücktritt ist zweifelsohne eine den Hauptvertrag ergänzende Bestimmung. Als solche kann sie jederzeit nachträglich hinzugefügt werden. Aber auch die auf-

[153]) Ebenso RG. in L. Z. 1920/824; Gruchot 64/717; Warneyer 1921/51.

[154]) Blatt f. Rechts. A. 69/77.

lösende Bedingung setzt sich nach der von uns vertretenen Ansicht R. Leonhards nicht aus einem einzigen Willensakt zusammen. Es sind ihrer vielmehr zwei. Die engere oder weitere Verbindung spielt hierbei keine so entscheidende Rolle. Daß man auch zunächst ein unbedingtes Geschäft abschließen und diesem dann später noch eine auflösende Bedingung beifügen kann, ist oben zur Genüge erklärt.

Unbegreiflich dagegen erscheint es, wenn Wollstadt sagt, daß: die Einräumung des Rücktrittsrechts vorläufig keinerlei Einfluß auf den Hauptvertrag ausübe. Wir hoffen auch hier das Gegenteil bewiesen zu haben. Die auflösende Bedingung bewirkt schon von ihrem Entstehen ab eine gewisse Bindung des vorläufig Berechtigten. Rechtliche und tatsächliche Einwirkungen seinerseits führen zu einer Benachteiligung — vorausgesetzt, daß ein Verschulden gegeben ist. Aber auch die Rücktrittsklausel hat vom Augenblick ihrer Verabredung an dieselben drei Folgen: tatsächliche Einwirkungen und gewisse rechtliche Einwirkungen bewirken einen Nachteil. Dabei steht auch hier das Gesetz auf dem Verschuldensprinzip.

2. Auch das zweite Vorbringen der gegnerischen Ansicht erscheint nicht geeignet, die Lehre von der Gleichheit der beiden Rechtsinstitute zu erschüttern. Gewiß ist es richtig, daß regelmäßig das zur Bedingung gesetzte Ereignis unabhängig vom Gebahren der Parteien eintrifft oder ausfällt. Aber vergißt man denn ganz, daß es auch noch Potestativbedingungen gibt? Diese beweisen doch die Uneinheitlichkeit der Regel. Zwar erkennen manche die Zulässigkeit der Wollensbedingungen als solche nicht an. Ueber die Zulässigkeit der Willkürbedingungen ist man sich umso mehr im Klaren. Zum Inhalt einer solchen Willkürbedingung kann nun auch eine Willenserklärung gesetzt werden, entweder ohne weiteren Zusatz oder mit der Bestimmung einer gewissen Form bezw. dem Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit. Etwas anderes ist auch unter der Rücktrittserklärung nicht zu verstehen. Einfach eine Willenserklärung wie jede andere.

3. Und nun zu dem Haupteinwand der Gegner: die auflösende Bedingung habe dingliche Kraft, der Rücktritt lediglich obligatorische. Eins ist sicher: übereignet der A. dem B. eine Uhr unter auflösender Bedingung, so bewirkt der Eintritt der auflösenden Bedingung den Rückfall des Eigentums. Verkauft A. die Uhr unter einer auflösenden Bedingung — hier ist also die Bedingung dem schuldrechtlichen Vertrage beigefügt — und übereignet er sie B., und tritt weiterhin die auflösende Bedingung ein, so fällt nicht das Eigentum zurück, sondern der obligatorische Vertrag wird aufgelöst. Die sachenrechtliche Lage bleibt nach wie vor unverändert. Um den Ausdruck „dingliche" Kraft vorläufig beizubehalten, kann man demnach nur sagen, die auflösende Bedingung ergreift zunächst allein den Kausalakt, die daraufhin vollzogenen Leistungen nur dann, wenn sie auch bei ihnen ausdrücklich oder stillschweigend eingefügt

ist. Kann dann aber unterschiedlos von einer „dinglichen" Kraft geredet werden? Andererseits kann auch ein persönliches Rückforderungsrecht durch Eintragungen ins Grundbuch oder durch besondere Abreden verdinglicht werden. So sagt R. Leonhard:[155]) „Die Denkschrift 79 erklärt ausdrücklich, daß die Parteien ihr persönliches Rücktrittsrecht auch ohne Eintragung dadurch zu einem dinglichen machen können, daß sie es zu einer auflösenden Bedingung erheben". Die Schlußfolgerung aus der ‚dinglichen Wirkung' der auflösenden Bedingung hat also durchaus nicht ein so entscheidendes Gewicht, wie es die Gegner der Gleichstellung gerne möchten.

Ja sogar in ihren Reihen ist die Auffassung, was unter dem Begriffe der dinglichen Wirkung zu verstehen sei, durchaus nicht einheitlich. Oertmann[156] bemerkt zutreffend „schon die Motive kranken an dem schweren Fehler einer handgreiflichen Verwechslung zwischen dem Kausalakt und den daraufhin erfolgten Verfügungen." Ein Sprachmißbrauch bezeichnet als dinglich auch die unmittelbare Wirkung von Verfügungen über Schuldrechte. Die seither häufig wiederkehrende Bemerkung, daß der Rücktritt keine dingliche Wirkung habe, soll wohl einerseits besagen, daß man durch den Rücktritt nur den Schuldvertrag und nicht auch die auf Grund seiner getroffenen dinglichen Verfügungen einseitig aufheben kann. Infolge des erwähnten Sprachmißbrauchs ist aber bisweilen auch gemeint, daß der Rücktritt den Vertrag und die noch unerfüllten Verpflichtungen heraus nicht ohne weiteres aufhöbe. Es ist sogar nicht zu verkennen, daß die Anschauung, daß dingliche Wirkung und Rückwirkung dasselbe seien, noch nicht überwunden ist. Mit alledem hat die dingliche Wirkung nichts zu tun. Sie ist streng zu scheiden von einer Wirkung von selbst und der Rückwirkung.

Man wird nur dann zu einem ersprießlichen Ergebnis kommen, wenn man sich Rechnung darüber ablegt, „daß die Frage für obligationsbegründende Geschäfte fortfalle, d. h. keinen Sinn habe. Nur das Zurückgehen auf den Begriff der Verfügung wird dem Problem gerecht."[157]) Die Bezeichnung ‚dingliche' Kraft ist zweifellos zutreffend und richtig soweit es sich um dingliche — d. h. Sachenrechte handelt. Aber wie bereits gezeigt, kann eine auflösende Bedingung auch einem obligatorischen Geschäft beigefügt werden und auch solchen Verfügungen, die andere als körperliche Gegenstände treffen, wie zum Beispiel die Zession oder der Erlaßvertrag. Hier gibt es keine ‚dingliche' Wirkung im technischen Sinne. Daher ist der Ausdruck von der dinglichen Wirkung zum mindest irreführend. Besser erscheint uns die von Crome[158]) gewählte Benennung „unmittelbar" zu sein. Der Rücktritt hat immer dingliche Kraft be-

---

[155]) Allgem. Teil S. 420 f.
[156]) Blatt f. Rechts. A. 69/77.
[157]) Crome I, S. 444 Anm. 3.
[158]) I, S. 444.

schränkt auf Schuldverhältnisse, weil die Figur des Rücktritts nur bei Schuldverhältnissen möglich ist. Die auflösende Bedingung hat dingliche Kraft sowohl im technischen Sinne, wie auch beschränkt auf Schuldverhältnisse, je nachdem, ob sie dem dinglichen Erfüllungsakte oder dem Kausalgeschäft beigefügt worden ist.

Was endlich die rückwirkende Kraft anbelangt, so ist sie bei der auflösenden Bedingung regelmäßig nicht gegeben. Daß selbst dieser Umstand kein Hindernis bildet, ergibt die Regelung des § 159. Sehr häufig wird man auflösende Bedingungen mit Wirkung ex tunc antreffen.

Wir können also in folgenden Punkten eine gewisse Uebereinstimmung zwischen auflösender Bedingung und Rücktritt feststellen:

1. Eine große Aehnlichkeit in der Konstruktion. Beide Figuren setzen sich aus mehreren mehr oder weniger eng verbundenen Akten zusammen;
2. beide Figuren können sowohl sofort bei Geschäftsabschluß als auch später hinzugefügt werden;
3. beide Figuren bewirken mit ihrem Vorhandensein eine gewisse Bindung: schuldhafte, rechtliche und tatsächliche Einwirkungen sind nicht unbegrenzt ohne Nachteil für den Einwirkenden möglich;
4. Das ausschlaggebende Ereignis ist hier beim Rücktritte eine Erklärung; aber auch bei der Bedingung kann es ebenso sein.
5. Dingliche Wirkung ist bei der Bedingung möglich; aber nur wenn diese eben dem dinglichen Geschäft beigefügt ist.
6. völlige Auflösung des zugrunde liegenden Geschäfts. Bei der auflösenden Bedingung nur dann, wenn diese dem obligatorischen Geschäft beigefügt ist.
7. Rückwirkung ist beim Rücktritt regelmäßig, bei der auflösenden Bedingung nach Vereinbarung (§ 159) vorhanden.

Daher konnte Oertmann im Blatt für Rechtsanwendung Seite 78 feststellen: „Daß beides mit einander eine nicht unerhebliche theoretische Verwandtschaft aufweist, soll nicht bestritten werden."

Und eben auf Grund dieser Verwandtschaft behaupten wir:

Der Rücktritt ist eine Unterart der auflösenden Bedingung.

Lebenslauf.

Ich, Wolfgang Graener, bin am 19. Januar 1908 in Berlin-Steglitz als Sohn des Stadtvermessungsrates a. D. Louis Graener aus Köslin und seiner Ehefrau Lalla geb. Rosin aus Kalmar in Schweden geboren. Ich besuchte die Vorschule des Paulsen-Realgymnasiums in Steglitz, kam dann auf das Altstädtische Gymnasium nach Königsberg (Pr.) später nach Schweden. Im Herbst 1927 bestand ich die Reifeprüfung auf dem Paulsen-Realgymnasium. Ich studierte darauf Rechtswissenschaft auf den Universitäten Grenoble in Frankreich, Berlin und Marburg. Im Juni 1931 bestand ich in Marburg das Referendarexamen, im September desselben Jahres die mündliche Doktorprüfung.

Eduard Klinz Buchdruck-Werkstätten Halle (Saale), Dölauer Straße 14
Spezialdruckerei für wissenschaftliche Werke und Dissertationen